

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE LA CONDITION DES ENFANTS

nés en dehors des justæ nuptiæ.

DROIT FRANÇAIS
DES
EFFETS DE LA FILIATION
NATURELLE

THÈSE DE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le 18 novembre 1895, à 8 heures

PAR

Louis LAROCHE

Président : M. GARSONNET.

Suffragants : { MM. GLASSON, HENRY MICHEL,
MASSIGLI.

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

Édouard DUCHEMIN

PARIS, 18, RUE SOUFFLOT, 18, PARIS

1895



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552020_0002

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux théories émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA CONDITION DES ENFANTS

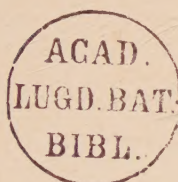
nés en dehors des justæ nuptiæ.

DROIT FRANÇAIS

DES

EFFETS DE LA FILIATION

NATURELLE



THÈSE DE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le 18 novembre 1895, à 8 heures

PAR

Louis LAROCHE

Président : M. GARSONNET.

Suffragants : { MM. GLASSON, HENRY MICHEL,
MASSIGLI.

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

Édouard DUCHEMIN

PARIS, 18, RUE SOUFFLOT, 18, PARIS

1895

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MA GRAND' MÈRE

A MON COUSIN

LE SÉNATEUR PAUL LAROCHE

ERRATA

THÈSE ROMAINE :

Page 80 (8^e ligne), l. 5. C., lire : 57 au lieu de 27.

THÈSE FRANÇAISE :

Page 17 (14^e ligne), lire : art. 158 au lieu de 168.

Page 20 (12^e ligne), lire : art. 383 au lieu de 389.

Page 30 (12^e ligne), lire : contre les père et mère.

Page 58 (5^e ligne), lire : art. 766 au lieu de 762.

Page 65 (8^e ligne), lire : deuxième au lieu de troisième.

Page 66 (24^e ligne), lire : troisième au lieu de seconde.

Page 108 (11^e ligne), supprimer : « comme ».

id. (22^e ligne), lire : « enfants naturels » au lieu d'héritiers légitimes.

Page 111 (23^e ligne), lire : art. 757.

Page 116 (dernières lignes), lire : 3 enfants au lieu de 2 enfants légitimes ; — lire : 4 enfants au lieu de 3.

DROIT ROMAIN

De la condition des enfants nés en dehors des justæ nuptiæ

Quelques mots d'introduction nous paraissent nécessaires, non pas assurément pour délimiter l'objet même de cette étude que nous venons de préciser, mais pour dégager à l'aide de notions préliminaires, la matière que nous allons essayer d'exposer. Nous nous débarrasserons ainsi de certains éléments encombrants qui pourraient nuire à la clarté de nos explications.

On sait que le droit romain comprend trois objets essentiels : les personnes, les choses, les actions (Gaius I. 8, *Inst. pr. de jure personarum* I. 3) ; la condition de l'enfant naturel rentre évidemment dans le premier terme de cette classification tripartite. Mais quelles sont les

personnes désignées sous ce nom ? Quelques éclaircissements sont ici indispensables.

L'enfant naturel est celui qui est issu de parents non mariés, *extra justas nuptias quæsitus* ; mais cette définition, si exacte qu'elle soit, doit être complétée, car en droit romain comme en droit français, elle comporte des divisions que l'on ne saurait négliger, et, de plus, en droit romain, en raison du caractère essentiellement national de la législation, elle doit être précisée.

Il y avait à Rome cinq classes d'enfants que les textes désignent sous la dénomination générale de *liberi non justi* ou *injusti* (Fragment Vat. § 194); comme nous allons le voir, tous ne sont pas ce que nous appelons en France des enfants naturels. Sont appelés en effet *liberi non justi* :

1^o Les enfants issus de l'union que les interprètes nomment mariage du droit des gens, expression très heureuse, car il s'agit en effet d'une union qui, au point de vue de la morale, ne diffère nullement des justes noces. Ce véritable mariage se contractait entre pérégrins ou entre Latins, entre Latins et pérégrins, entre Romains et Latins ou entre Romains et pérégrins (Gaius §§ 29, 66 à 78, 92, I); en un mot c'était le mariage entre deux personnes libres dont l'une au moins n'est pas Romaine et qui, par suite, n'a pas le *connubium* exigé par une loi arbitraire pour contracter les *justæ nuptiæ* ; d'où son nom de *matrimonium sine connubio*.

2^o Les enfants issus du *contubernium*, c'est-à-dire de

l'union continue de deux esclaves ou de deux personnes dont l'une au moins est esclave.

3° Les enfants issus du *concubinatus*, sorte de mariage inférieur, mais qui n'a rien de honteux (l. 34 pr. *ad legem* Jul. de adult. Lampridius, Alex. Sev. 42. Paul II. 20. l. 4, Dig. de concub. XXV. 7), et qui devait probablement sa fréquence aux prohibitions de mariage entre ingénus et affranchis. Bien qu'on soit d'accord pour affirmer qu'au début le concubinat ne fut qu'un pur fait sans réglementation légale, il aurait reçu, suivant quelques interprètes, une organisation régulière au commencement de l'époque classique. Dans une autre opinion, au contraire, le concubinat avait conservé jusque dans le dernier état du droit son caractère primitif d'une union libre tolérée, sans doute, mais nullement organisée par la loi. Nous reviendrons sur ce point (nos 18 et suivants).

4° Les enfants *vulgo concepti* appelés aussi *spurii*. Ce sont les enfants nés d'une femme qui n'a eu que des relations passagères avec un homme (Gaius I, 64)

5° Les *spurii* (1) ou enfants nés d'unions illicites, adultérines ou incestueuses, *nefariæ atque incestæ nuptiæ* (Ulpien Reg. V. 7, l. 23 D. de *statu hominum* I. 5), c'est-

(1) Le mot « *spurius* » sert aussi à désigner les bâtards que nous faisons figurer dans la catégorie précédente. Cette expression ne désignait donc pas uniquement les enfants illégitimes dont il est ici question ; nous l'emploierons néanmoins pour la commodité du langage dans l'acception spéciale que nous lui donnons au texte. Ulpien (Reg. V. 7) marque bien la différence qui existe entre le *spurius* et le *vulgo quæsitus*, tandis que Modestin, dans la loi 23 Dig. I. 5, la méconnaît.

à-dire d'un commerce contraire aux bonnes mœurs, qu'il fût ou non punissable. Les sources appellent *stuprum* ce genre d'union (l. 34 pr. Dig. ad. leg. Jul. de adult.)

Étaient *spurii* les enfants nés de mariages prohibés en raison de parenté, d'alliance, pour cause d'inégalités sociales, de mariage antérieur, pour motif d'ordre religieux ou autres ; ou bien d'unions tout aussi réprouvées, mais n'affectant pas la forme du mariage, comme celle d'un homme marié avec une concubine, du même individu avec plusieurs concubines, d'une femme libre avec un esclave ; ou encore d'un commerce entre parents ne pouvant s'épouser, d'un concubinat avec une matrone, à moins que les choses ne se soient passées ouvertement, car alors la matrone perdait son rang, unique cause des sévérités de la loi.

Ce que nous venons d'en dire démontre que le *stuprum* ne constitue qu'une variété criminelle du *matrimonium sine connubio*, du *contubernium*, du concubinat, ou d'un rapprochement éphémère.

Comme dans la grande majorité des cas les unions particulièrement honteuses sont tenues secrètes, il en résulte cette conséquence que les enfants qui en naissent ne connaissent pas leur père, sinon leur mère, et ceci peut expliquer le peu de précision des sources en ce qui concerne la qualification attribuée aux enfants *vulgo concepti* (Voir note 1).

Tous les enfants qui doivent leur naissance aux relations d'un homme et d'une femme qui rentrent dans

l'une des divisions qui précèdent sont, nous l'avons dit, des *liberi injusti*, expression, remarquons-le en passant, plus heureuse que celle d'enfants naturels, qui devrait dans un bon langage être réservée aux enfants du sang par opposition aux enfants adoptifs. Toutefois, les jurisconsultes romains ne peuvent échapper entièrement au reproche que l'on doit adresser au législateur français, car, si l'on voit quelques textes désigner sous le nom de *liberi naturales* les enfants nés des *justæ nuptiæ*, pour les différencier de ceux qui ne sont entrés dans la famille que par voie d'adoption (Ulp. Reg. VIII, 1), telle n'est pas la terminologie romaine courante, et, à l'époque classique, notamment, l'expression *liberi naturales* s'applique aux enfants nés du *contubernium* : *naturales liberos, id est in servitute quæsitos* (l. 88 § 12. Dig. XXXI, I ; Gaius l. 19 ; Paul Sent. V. 6 § 16 ; l. 8 Dig. XX. I etc.....) (1). Cette dénomination critiquable changea de sens au Bas-Empire, mais elle continua à être maladroitement employée, car elle servit à désigner spécialement les enfants issus du concubinat, ainsi qu'en témoigne la rubrique du Code, au titre qui leur est consacré (C. V. 27 de *naturalibus liberis*).

Maintenant que nous connaissons tous les *liberi*

(1) On voit pourtant au Digeste les lois 45, XXVIII. 6 et 17 § 4 XXXVI. 1 appeler *filiî naturales* les enfants illégitimes issus de parents libres ; mais s'il y a exception, elle n'est pas certaine, car on peut soutenir que dans les hypothèses que ces textes prévoient, il s'agit d'enfants dont la mère seule était esclave, et que le père a affranchis ultérieurement.

injusti, devons-nous étudier la situation qui leur est faite à tous, et consacrer, dans notre exposé, des explications spéciales à chacune de nos cinq catégories ? Nous ne le pensons pas.

Et tout d'abord, nous n'avons pas à nous occuper des enfants issus du *contubernium*. En effet, si leur mère était esclave pendant tout l'intervalle du temps qui s'est écoulé entre la conception et l'accouchement, ils étaient comme elle de condition servile ; or, nous n'étudions que la condition des personnes, parmi lesquelles ne figurent pas les esclaves, qui sont des choses à ce point que l'on considérait l'enfant né en esclavage, comme civilement dépourvu de mère (Paul. Sent. IV. 10, § 2), et que jusqu'à Justinien, qui y attacha un droit de succession en cas d'affranchissement, il était rigoureusement exact de dire : « *cognatio servilis ad leges non pertinet* » (l. 10, § 5. Dig. XXXVIII. 10). Tout au plus le *contubernium* produit-il une *affinitas* faisant obstacle au mariage dans la même mesure que celle résultant des justes noces, et cela plutôt pour raison de convenances que de droit. Si au contraire la mère a été libre à un moment quelconque de la gestation, son enfant naît libre (l. 18, Dig. I. V. l. 5 §§ 2 et 3 Dig. I. 5. — Paul Sent. 24. §§ 2 et 3. Inst. pr. I, 4). Mais aucun texte, à notre connaissance, ne permet d'affirmer que la législation romaine lui ait fait une situation différente de celle des autres enfants illégitimes dont le père est certain en fait, sous le bénéfice toutefois de l'observation suivante : en vertu de la règle « *cognatio servilis nulla est* », il n'avait au-

cun droit vis-à-vis de son père, et même après l'introduction de la *bonorum possessio unde cognati*, sa filiation ne lui donnait vocation héréditaire dans la succession de sa mère ou de ses parents maternels, que si celle-ci était libre à sa naissance.

Il en résulte que si la mère a deux enfants, nés l'un en esclavage, l'autre après son affranchissement, la *bonorum possessio* existera seulement entre elle et son second enfant, car, jamais la *cognatio servilis* ne permet à un affranchi de succéder à titre de cognat à un autre affranchi (Accarias, tome I, 4^e édit., n° 456). Justinien abrogea cette règle (Inst. § 10, III, 3), faisant ainsi, comme il apparaîtra par la suite, une situation plus favorable aux enfants issus du *contubernium*, qu'à ceux dont les auteurs étaient unis en concubinat.

D'autre part, on peut, sans hardiesse, affirmer que dans la grande majorité des cas, les *liberi injusti* nés libres d'un *contubernium*, étaient traités comme *spurii*, attendu que l'union d'une femme libre avec un esclave, lorsqu'elle n'était pas punie par les lois, était toujours réprouvée par les mœurs, et constituait un *stuprum*. A plus forte raison en fut-il ainsi après que le sénatus-consulte Claudien eut puni de la perte de la liberté, la femme libre qui entretenait des relations avec l'esclave d'autrui, et surtout après que Constantin eut édicté contre elle la peine de mort dans le cas où elle entretenait commerce avec son propre esclave (loi unic. C. de mulier. quæ se, IX. II). Pourtant on ne devait pas traiter comme

spurius l'enfant issu du *contubernium* de deux esclaves dont la mère a été libre à une époque quelconque de la gestation, autre pourtant que celle de la conception ; mais cette hypothèse était extrêmement rare.

Tout ce qui précède nous autorise donc à négliger en principe cette classe de *liberi non justī* ; néanmoins, nous nous réservons de signaler, au cours de nos explications, les particularités intéressantes qui pourraient se présenter à leur sujet.

Nous croyons devoir également éliminer de notre travail, le *matrimonium sine connubio*. D'abord, nous ne pouvons, comme pour le *contubernium*, préciser dans quelle mesure, ses effets, en ce qui concerne les enfants qui en naissent, diffèrent de ceux des *justæ nuptiæ* ; il y a, sur la matière, pénurie extrême de textes, ce qui s'explique par cette circonstance que, depuis Caracalla, les sujets de l'empire jouissaient presque tous du droit de cité, et que ce mariage du *jus gentium* perdit sous Justinien les rares applications qu'il avait pu conserver par la suppression des Latins Juniens et des déditices ; d'ailleurs, même auparavant, la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio*, enfin une concession formelle du *jus civitatis* permettaient assez facilement de convertir le mariage du droit des gens en justes noces ; et cette considération nouvelle doit s'ajouter à celles que nous venons de donner pour expliquer le silence des textes.

D'autre part, et ceci est décisif, l'étude de la condition des enfants issus du *matrimonium sine connubio* ne nous

paraît pas rentrer dans le cadre de notre sujet, pour ce motif que les enfants qui naissent de ce mariage, s'ils sont *liberi non justi*, ne sont pas des enfants naturels, mais bien des enfants légitimes au sens moderne du mot ; et cela même à Rome. La seule différence, en effet, qui les sépare des *liberi justi*, c'est que la législation romaine ne leur est pas applicable ; elle est insuffisante pour en faire des bâtards, et par suite, nous n'avons pas à nous en occuper.

Ceci posé, nous nous trouvons uniquement en présence : 1° des enfants nés du concubinat ; 2° des enfants nés *vulgo quæsi*, auxquels il nous faut assigner une place à part, bien que leur situation ne diffère de celle qui est faite à la catégorie précédente que par une circonstance toute de fait, à savoir qu'ils ignorent quel est leur père ; 3° les enfants qui doivent leur naissance à un *stuprum*.

Nous avons donc à nous occuper de trois classes d'enfants illégitimes, mais nous n'avons pas à faire de subdivision pour l'une d'elles, car, à la différence du droit français, le droit romain n'a jamais connu l'institution moderne de la reconnaissance des enfants nés hors mariage (Accarias I, n° 101 ; Baret, filiation naturelle, p. 6 et suiv.)

Tel est le champ de notre étude, et ici on se rappellera que nous avons par avance limité notre exposition aux effets produits par la filiation naturelle une fois constatée, en laissant de côté les modes suivant lesquels elle s'établit.

Nous n'aurions d'ailleurs que peu de chose à dire sur la question, car, à Rome, la matière n'était soumise à aucune réglementation particulière. Le silence du Digeste et du Code sur ce point est significatif, et l'on peut sans hésitation en conclure que le droit commun régissait la preuve de la paternité aussi bien que celle de la maternité, et cela au profit de l'enfant né du concubinat comme au profit des autres illégitimes, par exemple du bâtard issu d'un *stuprum*. Cette recherche ne comportait ni restrictions ni entraves d'aucune sorte ; aussi, dans tous les cas, pouvait-on prouver sa filiation naturelle, et cela de toute manière, c'est-à-dire à l'aide de la possession d'état, par écrit, par présomptions, par témoins, au moyen de l'aveu, du serment... Bien plus, cet arsenal de preuves est à la disposition de toute personne intéressée, et pour ne citer que cet exemple, l'intérêt fut grand lorsque les empereurs chrétiens eurent édicté des incapacités de recevoir contre les enfants naturels, et lorsqu'ils leur eurent donné un droit à la succession de leur père.

Si donc, en fait, la recherche de la paternité est plus difficile à mener à bonne fin que celle de la maternité (1),

(1) Elle présupposait d'abord la filiation naturelle établie au regard de la mère, et imposait la nécessité de prouver que, durant la période légale de la conception, cette femme avait eu des relations avec le père prétendu, et avec lui seul ; preuve peut-être admise plus facilement par le juge, en cas de concubinat, en raison de la moralité relative plus grande de la concubine, qui devait l'inciter à se montrer moins rigoureux, que lorsqu'il s'agissait d'une autre fille-mère.

elle est aussi libre en droit. Et cela se comprend aisément chez un peuple qui permettait dans tous les cas d'intenter librement contre un enfant qui se réclamait des *justæ nuptiæ*, l'action en désaveu que notre législation restreint dans des limites si étroites, et qui ouvre la voie de l'accusation publique, en vue de la répression de l'adultère et de l'inceste.

Ces préliminaires indispensables terminés, il nous reste à indiquer le plan que nous avons adopté dans cette étude ; il nous est suggéré par les divisions que l'on peut relever dans les sources.

Tout d'abord, les effets de la filiation naturelle se faisant sentir dans la société et dans la famille, dans une première partie nous traiterons de la condition de l'enfant naturel dans la société au point de vue du droit public, et dans une deuxième partie, de cette même condition au point de vue du droit privé.

Mais cette deuxième partie doit être subdivisée, car la situation de l'enfant né hors mariage dans la famille a subi des variations très sensibles à partir de Constantin. Nous consacrerons donc un chapitre premier à l'exposé de la législation, à partir des origines de Rome jusqu'au règne de l'empereur qui a fait triompher le christianisme dans l'empire. Dans un chapitre second, nous nous occuperons des modifications apportées par ce prince, puis, dans un troisième et dernier chapitre, nous examinerons l'œuvre de Justinien et le dernier état du droit.

Enfin, la condition de l'enfant naturel ayant été à

toutes les époques sensiblement différente suivant qu'on l'envisage dans ses rapports avec son père ou dans ses rapports avec sa mère, une subdivision nouvelle, celle de nos trois chapitres s'impose, et c'est ainsi que nous sommes amenés à les scinder chacun en deux sections.



PREMIÈRE PARTIE

Condition de l'enfant naturel dans la société

Jamais à Rome la qualité de bâtard n'a été une cause d'infériorité sociale ; sur ce point, nous ne constatons aucune variation au cours des différentes époques que nous venons d'énumérer. La règle est la même à l'origine et dans le dernier état du droit.

Sans doute dans l'organisation primitive des premiers siècles, lorsque la cité se composait de la confédération de familles constituées en petits Etats, l'enfant qui en était exclu par le fait de sa naissance, parce qu'il était né hors mariage, était dans une situation misérable. Tout d'abord, très vraisemblablement il était plébéien ; or, à cette époque toutes les dignités étaient réservées au patriciat, et, moins favorisé que les autres membres de la plèbe, il n'avait pas de famille sur laquelle il pût s'appuyer. Mais, ne nous y trompons pas, cette infériorité n'est nullement une conséquence de la bâtardise, et quand la plèbe put obtenir l'accès des magistratures, le bâtard put, comme tout plébéien, briguer les honneurs et les dignités.

L'établissement de l'empire qui tendit à courber toutes les têtes sous le joug de César, et qui fonda l'égalité sur l'abaissement de tous les citoyens, ne pouvait que lui être

avantageux ; aussi les inscriptions funéraires de l'époque nous montrent-elles l'enfant illégitime devenu édile curule, questeur, préteur ; l'enfant incestueux lui-même peut devenir décurion (Orelli n° 2686).

Comment douter de l'aptitude des bâtards à s'élever aux plus hautes charges de l'empire, lorsque nous voyons le fils d'une concubine, l'empereur Constantin, s'asseoir sur le trône (Zozime II. 8).

Un texte pourtant vient restreindre la portée du principe que nous venons de poser : « *De honoribus sive muneribus gerendis quum quæritur, in primis consideranda persona est ejus cui deferetur honor sive muneris administratio; item origo natalium : facultates an sufficere iniuncto muneri possunt : item lex, secundum quam muneribus quisque fungi debeat* », nous apprend la loi 14, § 3 au Digeste (*de muneribus et honoribus*). L'*origo natalium*, l'origine de la naissance, était prise en considération ; on en tenait compte. En présence d'un texte aussi formel, nous devons nous incliner ; seulement, gardons-nous d'en exagérer la portée, et surtout ne concluons pas à l'incapacité du bâtard, que la loi précitée ne prononce pas, et qu'au besoin les documents que nous venons de signaler nieraient formellement.

Pour nous ce texte ne formule aucune exclusion, il indique simplement une cause de préférence ; autrement dit, il vise l'hypothèse où une compétition se produit entre plusieurs candidats, et décide, qu'en ce cas, celui qui réunira la plus grande somme de mérites, au nombre

desquels figure l'*origo natalium*, devra l'emporter sur ses concurrents. Ulpien, en effet, nous atteste que telle était la théorie romaine sur la matière: « *Spurius posse in ordinem allegi nulla dubitatio est ; sed si habeat competitorem legitime quæsitum præferri eum oportere divi fratres rescripserunt* » (l. 3 § 2 Dig. L. 2) ; lorsqu'un enfant légitime concourait avec un *spurius* pour rentrer dans la curie municipale, c'était le premier qui l'emportait. A notre avis, la loi 14 § 3 pose le principe général dont Ulpien fait simplement une application. Aussi n'hésitons-nous pas à affirmer avec d'Aguesseau ; « Ce n'est pas une loi prohibitive, mais elle marque seulement ceux qui doivent être préférés, lorsqu'on élit des magistrats. » (Disert. VII, p. 385.)

Maintenant comment expliquer le fait ? Papinien, en nous citant un cas d'application de la règle que nous venons de développer, nous en donne cette justification : « *Non enim impedienda est dignitas ejus qui nihil admisit* (l. 6 pr. Dig. L. 2). La raison est bonne, mais elle ne saurait nous suffire ; les idées justes en effet ne sont pas toujours les idées humaines, et, d'ailleurs, c'est leur genèse qu'il importe surtout de connaître dans toute étude historique, comme doit l'être celle du droit romain. Aussi est-ce dans d'autres considérations plus lointaines, plus savantes, plus psychologiques, qu'il nous faut chercher le motif de la règle romaine. Voici l'explication qui nous paraît la meilleure (comp. Viollet. Hist. du dr. français, p. 389.)

La bâtardise n'a été que peu connue à l'époque pré-historique, car la distinction entre les enfants légitimes et ceux qui ne le sont pas ne se conçoit guère pendant la période des unions libres et temporaires ; à peine la voit-on apparaître sous le régime de la polygamie, car s'il y a inclination sérieuse, elle donne lieu à une sorte de mariage, et avec la polygamie on ne constate que très rarement les unions fortuites d'où peuvent naître les bâtards. On n'a donc à compter avec eux, qu'avec l'apparition de la monogamie, en d'autres termes, comme le dit excellemment M. Viollet, le développement de la bâtardise coïncide avec un progrès moral considérable. Mais le souvenir des anciennes mœurs où tous les enfants étaient égaux, se continuera longtemps encore après la disparition de la polygamie ; ce sera uniquement au point de vue de la famille, dans un but d'utilité, que des modifications seront admises ; au point de vue public, il n'y aura aucune tache sur l'enfant naturel. A mesure que la civilisation se développe, la situation change, et nous aurions probablement assisté au cours de l'histoire de Rome à la décadence du bâtard, si l'empire et l'abaissement des idées qu'il amena, n'avait réagi sur le courant d'opinion défavorable qui n'aurait pas manqué de s'établir, et n'en avait entravé la marche. Sans l'empire, il est très probable que ce qui s'est produit dans l'ancienne France aurait eu lieu à Rome.

Quoi qu'il en soit de la valeur de notre explication, constatons le fait que les sources établissent d'une façon

certaine, et terminons sur ce point, en concluant que les incapacités dont au Moyen-Age on frappait les bâtards, au point de vue de l'aptitude aux dignités, ne trouvent pas leur origine dans les institutions romaines.



DEUXIÈME PARTIE

Condition de l'enfant naturel dans la famille

Cette partie de notre étude nous fournira la matière de nos plus longs développements, car nous ne pourrons plus nous borner à constater une pure et simple application du droit commun ; et, d'autre part, nous trouvons ici les changements successifs auxquels nous avons dû faire allusion en indiquant le plan que nous adoptons. Ces changements étaient inévitables, attendu que la condition de l'enfant né hors mariage, au point de vue du droit privé, dépend un peu des mœurs, beaucoup de la constitution de la famille, et plus encore, de l'esprit de la législation d'un peuple. Or, nous avons déjà vu que les mœurs tendent à considérer la bâtardise comme une tare, d'autre part, on sait que la famille romaine ne présentait pas toujours le caractère artificiel des premiers temps, qu'elle devint peu à peu plus conforme à l'idée moderne que nous nous en faisons.

Enfin, le droit lui-même, après avoir négligé de s'occuper des enfants illégitimes, va les soumettre à une réglementation précise.

De là bien des complications que nous avons prévues par avance, et qui justifient la multiplicité de nos divisions.

CHAPITRE PREMIER

Des origines de Rome à l'Empereur Constantin

Cette période comprend non-seulement le droit primitif, mais encore tout le droit classique. Elle se caractérise par une absence à peu près complète de textes.

Ce n'est pas tout; non-seulement les textes sont rares, mais ils sont peu explicites; d'où bien des incertitudes que nous avons signalées dans notre introduction, et quelques controverses entre les interprètes, car c'est un fait bizarre et qu'il importe de noter en passant.

Le Digeste, à l'inverse des codes modernes, consacre à la concubine un titre spécial (livre XXV, titre 7, *De concubinis*), mais ne s'occupe pas des enfants nés hors mariage.

On ne le saurait nier; les jurisconsultes ne se sont pas préoccupés de l'enfant naturel, ils l'ont exclu de la famille, mais ils ne se sont nullement demandé comment il convenait de concilier les droits que la nature semble concéder à tous les hommes, sans entamer l'institution de la famille, dont le mariage forme le fondement. Ne pouvant l'y faire entrer, ils l'ont laissé à côté, se désintéressant en quelque sorte du sort qui lui était réservé. Pourtant ils ont donné une solution, en formulant une

règle qui, en tenant compte des principes généraux sur la famille, suffit à faire connaître la condition des bâtards à Rome.

Mais, on le verra tout-à-l'heure, ce grand problème non résolu, qui mérite encore actuellement toute la sollicitude du législateur, ils n'en avaient eu nul souci, et cependant les enfants illégitimes devaient être nombreux, en dépit de la pureté tant vantée des mœurs, avec une législation si arbitraire au point de vue des empêchements à mariage. Nous n'en voulons pour preuve que l'admission dans les mœurs du concubinat, qui certainement n'emportait aucune honte, qui était parfaitement admis, précisément en raison des prohibitions déraisonnables qui s'opposaient aux justes noces entre certaines catégories de personnes. comme jusqu'à la loi Canuleia entre patriciens et plébéiens, et jusqu'à Auguste entre ingénus et affranchis. Cette union inférieure était acceptée par tous, et pourtant elle ne donnait naissance qu'à des enfants naturels (1).

Nous avons parlé d'un principe formulé par les jurisconsultes, grâce auquel la condition des enfants qui ne

(1) Voir sur ce point Gide, «De la condition de l'enfant naturel et de la concubine », page 2, et les recueils qu'il cite. Ces recueils établissent que l'on mentionnait sur les inscriptions funéraires, à côté des noms de la femme et des enfants légitimes, ceux de la concubine et des enfants naturels. Bien plus, Alexandre Sévère, prince dont la moralité ne peut être suspectée, voulut que l'on fournit aux frais de l'Etat une concubine à tous les gouverneurs de province (Iampride Alex. Sev. 42).

pouvaient se réclamer des justes noces, était réglée. Ce principe quel est-il ? L'ensemble des textes sur la matière nous permet de le présenter dans une formule aussi brève que précise : le bâtard a toujours une mère certaine, *quia mater semper est certa etiam si vulgo conceperit* (l. 5 Dig. II.4), son père est toujours incertain (Gaius I § 64. Inst. § 4, III. 5, l. 5 Dig. II. 4), (*quia*) «*pater vero is est quem nuptiæ demonstrant*». Cette règle résume tout le droit de l'époque classique sur notre sujet. Elle n'est d'ailleurs que la constatation d'un état de fait, puisque le mystère de la conception ne peut être connu d'une façon indiscutable, et, d'un autre côté, la règle est rationnelle, attendu que le mariage, seule union honorable et par conséquent favorisée, doit bénéficier exclusivement d'une présomption destinée, à défaut de preuve plus précise, à faire apparaître la paternité. Et voilà toute l'œuvre des jurisconsultes ! Ils ont laissé agir le droit commun pour tirer du principe qu'ils formulaient, et qui n'est d'ailleurs qu'une application nettement dégagée de ce droit commun, toutes les conséquences que l'on pouvait avoir besoin de préciser. Ce sont ces conséquences qu'il nous reste à exposer.

Prenons pour commencer l'enfant illégitime dès sa naissance : *Connubio interveniente liberi*, nous dit *Ulpien*, *semper patrem sequuntur; non interveniente matris conditioni accedunt* (Ulp. Reg. v. 8) ; il suivra donc la condition de sa mère. Est-elle libre ? Il sera libre. Est-elle esclave ? Il sera de condition servile comme elle, en principe. A-t-elle le droit de cité ? Il naîtra citoyen romain. Mais à

La différence de ce qui se passe en droit français, il n'était pas soumis à la puissance paternelle de sa mère, et il naissait *sui juris*. A Rome, en effet, la *patria potestas* était l'apanage exclusif des mâles, et jamais les femmes ne purent y prétendre. Il convient, dans ces conditions, d'examiner comment ses intérêts pécuniaires étaient administrés, alors qu'il était encore incapable de les surveiller lui-même, et quelles étaient les personnes chargées de veiller sur lui, de diriger sa conduite à son entrée dans la vie.

Pour ses intérêts pécuniaires, on lui donnait un tuteur dès sa naissance, ou plutôt, bien qu'aucun texte ne statue formellement sur l'espèce, dès que des biens lui advenaient (arg. des lois 3. C. v. 35 et 4 C. v. 29), et c'était le magistrat qui, par la force des choses lui en désignait un, car il ne pouvait y avoir de tuteur testamentaire, puisque l'*infans* qui nous occupe n'avait jamais été soumis à la *patria potestas* d'un père (Inst. I. 13 § 3). Quant à la tutelle des agnats, elle se trouvait écartée pour un motif semblable, puisque, comme nous le verrons tout à l'heure, il n'en a aucun lors de sa naissance, et qu'il ne pouvait en avoir à l'âge où nous le prenons, si ce n'est dans le cas d'adrogation, et nous savons que l'adrogation des impubères fut longtemps interdite. Toutes les personnes qui s'intéressaient à lui pouvaient signaler la situation au magistrat, le requérir d'avoir à procéder à la nomination d'un tuteur, et, par la suite, la mère, dans certains cas, fut même obligée de faire toutes diligences à ce sujet,

sous peine de déchéance au point de vue successoral (l. 2, § 1. Dig. XXVI. 6; l. 2, § 23, Dig. XXXVIII. 17; l. 2 C. II. 35). C'est un point sur lequel nous reviendrons.

En ce qui concerne le choix du tuteur, le magistrat avait une très grande latitude, surtout au début. Ainsi, rien ne l'empêchait de confier la tutelle au père naturel s'il était connu. Pourtant il ne pouvait désigner la mère qui, en raison de son sexe, était frappée de l'incapacité de remplir tous les *munera publica* dont la tutelle faisait partie. Seul, l'Empereur, par concession gracieuse, et en vertu de sa toute puissance, pouvait, à l'époque classique, l'en relever et en faire la tutrice de son enfant (l. 18. Dig. XXVI. 1).

Peu à peu cependant, ces règles se modifièrent; l'on comprit que ce n'était pas la *patria potestas* d'un père sur ses enfants, mais son affection pour eux, qui garantissait un choix judicieux du tuteur; aussi le père tout au moins lorsqu'il s'agissait d'un bâtard issu du concubinat, c'est-à-dire de la moins irrégulière des unions illégitimes, put-il bientôt dans une certaine mesure, participer à la nomination du tuteur de son enfant. Hermogène lui permit en effet de désigner dans son testament le tuteur de son choix, pourvu qu'il ait laissé quelque chose à l'enfant, comme preuve de l'intérêt qu'il lui portait.

Ceci résulte par *a contrario* du texte suivant: « *naturali filio cui nihil relictum est tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur* » (l. 7, pr. Dig. XXVI. 3). Une enquête n'est pas nécessaire dans cette hypothèse.

Le magistrat doit confirmer le tuteur ainsi choisi. Si, au contraire, le père n'a rien laissé à l'enfant, une enquête est indispensable.

Une règle analogue ne tarda pas non plus à être adoptée en ce qui concerne la mère à laquelle on concéda le droit de nommer le tuteur de son enfant. Mais son choix n'était jamais confirmé sans enquête, et encore ne jouissait-elle de la faculté qui lui était reconnue, que lorsqu'elle avait institué son enfant (1). Bien plus, on finit par admettre la confirmation, mais toujours après enquête, du tuteur donné par un étranger, si toutefois l'impubère a été institué par lui, et n'a pas de biens autres que ceux que cette institution lui a procurés (l. 4. XXVI. 3).

Voilà maintenant les intérêts pécuniaires de l'enfant illégitime sauvegardés. Mais on sait que le tuteur romain n'était pas chargé de veiller sur la personne de son pupille ni de diriger son éducation. La question mérite qu'on s'y arrête, car, dans l'espèce, il est plus nécessaire de pourvoir aux soins à donner à l'impubère lui-même, qu'à l'administration d'une fortune qui le plus souvent était nulle. Comme partout, on appliquait encore ici le droit commun qui investissait le Préteur du droit de désigner la personne qui lui paraissait la plus digne, après avoir pris l'avis des parents. Dans ces conditions, on peut conjecturer que ce magistrat devait, à moins de motifs graves,

(1) Voir sur cette question Accarias, I, n° 129, notes 3 et 4.

confier le plus souvent à la mère naturelle la garde de l'enfant illégitime.

A l'époque de la puberté, l'enfant né hors mariage recevait un curateur dans les mêmes hypothèses que tout autre mineur de vingt-cinq ans *sui juris*. Encore ici rien n'empêchait le magistrat de choisir le père naturel ; mais la mère ne pouvait être curatrice, toujours en raison du caractère de *munus publicum* de la curatelle.

Bien qu'il n'y eût pas à Rome de curatelle testamentaire, une désignation par testament du père ou de la mère, même naturels, n'était pas sans utilité ; elle guidait le choix du magistrat.

A présent que nous connaissons les mesures que la loi a prises d'office dans son intérêt, plaçons l'enfant illégitime en présence de ses parents, et demandons-nous quels étaient les droits et les devoirs que la législation romaine lui reconnaissait, et sanctionnait d'abord vis-à-vis de son père, ensuite vis-à-vis de sa mère.

SECTION I. — VIS-A-VIS DE SON PÈRE

La règle est simple. Le père est toujours incertain en droit, sinon en fait ; il n'est rattaché au bâtard par aucun lien légal ; par conséquent, il ne lui doit rien, mais aussi il ne peut rien exiger. L'enfant naturel à Rome n'a pas de père, en ce sens tout au moins que la paternité, en dehors des justes noces, n'a de conséquences juridiques sous

aucun rapport, car, s'il est vrai qu'elle entraînait les mêmes prohibitions de mariage que la paternité légitime (l. 5. Dig. XXIII, 2) et cela, d'après la pratique, alors même qu'elle était douteuse, il ne faut voir dans ces empêchements que des raisons de convenances, nullement des motifs juridiques. Il en résultait notamment que le bâtard romain n'avait de consentement à demander à personne, pour contracter les justes noces ; sa mère n'était pas appelée à le lui donner, et il était pleinement indépendant de son père.

On pouvait, nous l'avons dit dans notre introduction (n° 5), établir par voie judiciaire que l'on avait tel homme pour père. Mais cette preuve administrée n'établissait en faveur de l'enfant naturel qu'un pur fait, sans existence au point de vue légal, et ne créait à son profit aucun des droits engendrés chez nous par la reconnaissance judiciaire. L'enfant illégitime reconnu était absolument dans la même situation que celui qui ne l'était pas : il ne faisait pas partie de la famille. Il n'entrait, en effet, dans cette *familia* paternelle que dans un seul cas, que voici ; lorsqu'un maître avait des relations avec une de ses esclaves, les enfants qui naissaient de cette union faisaient partie de sa *familia* ; mais ils y entraient comme esclaves, ou, si leur père les affranchissait, comme affranchis, nullement en qualité d'enfants.

Nous n'aurions rien à ajouter si certains interprètes n'affirmaient qu'un changement important fut apporté sur ce point par Auguste dans la législation. D'après une

opinion, en effet, qui réunit la majorité des suffrages, ce prince aurait, dans certains cas tout au moins, attaché des droits importants à la paternité naturelle. Voici comment il y aurait été conduit :

On sait qu'à partir de la fin de la République, les Romains commencèrent à s'écarter des anciennes traditions, et qu'une corruption effrénée s'introduisit dans la Cité. On sait aussi que pour remédier à la décroissance de la population, résultat inévitable de la dissolution des mœurs, qui éloigne du mariage, seule union féconde, la loi Julia de *maritandis ordinibus* fut promulguée, suivie et complétée cinq ans après par la loi Pappia Poppea. Or ces lois, d'après l'opinion dominante, non seulement se seraient occupées des diverses unions irrégulières, mais encore auraient transformé le concubinat dont elles auraient fait une sorte de mariage véritable, simplement inférieur, ne différant des *justæ nuptiæ* que par une question de degré. C'est cette innovation qu'il importe d'examiner. Il y a tout lieu de croire en effet que les lois caducaires se sont occupées du concubinat ; les jurisconsultes Paul et Ulpien qui les ont commentées, ayant traité de cette union, le premier dans son XII^e livre, le deuxième dans le II^e, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre d'après l'*inscriptio* des lois 1 et 2 au Digeste *De concubinis* XXV, 5 ; il y a aussi en ce sens un texte de Marcien (l 3 § I Dig. XXV. 7). Mais qu'ont-elles fait exactement ? C'est ce qu'il convient de déterminer.

D'après les interprètes auxquels nous faisons allusion,

ces lois auraient imprimé au concubinat un caractère légal et y auraient attaché des effets juridiques assez importants, parmi lesquels figure, au point de vue qui nous occupe, le droit pour les enfants issus du mariage, nouvellement admis, qui offrirait, sinon une similitude absolue, du moins de nombreuses ressemblances avec le mariage morganatique allemand, de réclamer à leur père des aliments, et de lui succéder *ab intestat*, et cela comme conséquence de la certitude reconnue par la loi de leur filiation naturelle vis-à-vis de leur père.... Ces avantages, notons-le, n'auraient été accordés qu'aux seuls enfants de personnes unies ensemble par les liens du concubinat désormais reconnu par la loi. Il y aurait donc eu à partir d'Auguste, deux catégories d'enfants illégitimes ; les bâtards nés du concubinat, seuls parmi les illégitimes, auraient eu un père certain non-seulement en fait, mais en droit.

Malheureusement cette opinion ne trouve aucune base dans les textes, et nous partageons entièrement l'opinion adverse que soutient si brillamment M. Gide, et qu'on peut la résumer ainsi : la seule innovation introduite par les lois caducaires consiste à distinguer les diverses unions irrégulières, en punissant celles qui étaient particulièrement entachées d'immoralité, d'après les mœurs du temps ; en un mot, elles ont séparé nettement le *stuprum* du concubinat. Quant à la ligne de démarcation qui existait antérieurement, entre le concubinat et les *justæ nuptiæ*, elle subsiste sans modification aucune. Le nouveau système

introduit par les lois nouvelles peut donc se résumer sous cette forme brève : dorénavant le mariage ou *justæ nuptiæ* sera favorisé, le concubinat toléré, le *stuprum* puni. C'est là tout ce que veut exprimer le jurisconsulte Marcien, lorsqu'il dit dans un texte dont nos adversaires se sont emparés pour échafauder leur doctrine : « *quia concubinitus per leges (1) nomen assumpsit, extra legis pœnam est.* » Et l'on aurait tort également de plaider la transformation de la notion primitive du concubinat sur cet argument que certaines règles ont été édictées à son sujet, nous voulons parler de celles qui établissent des défenses d'unions de ce genre entre frères et sœurs, oncles et nièces, entre personnes dont l'une au moins est mariée. ou n'est pas nubile, ou enfin est encore unie ailleurs en concubinat (l. 56, Dig. XXIII. 2. l. l. 13, § 2, 1 § 4, 1 § 3, Digeste XLVIII, 5, l. 4, C. v. 4) ; ces règles sont uniquement des règles pénales ; elles ne constituent nullement une réglementation civile d'un fait que la loi continue à ignorer (l. 4, C. v. 4). Pour assurer l'application d'un châtement sévère, la compétence de ces sortes de délits contre la morale publique est enlevée aux tribunaux de famille auxquels elle appartenait antérieurement (2) pour être attribuée aux tribunaux de l'Etat ; c'est en ceci que gît principalement l'innovation, car de tout temps le *stuprum* a été réprimé.

(1) Les *leges* dont il est question ici sont sans aucun doute les lois Julia et Pappia Poppea.

(2) Ihering II, note 339.

Seulement tant vaut la répression que la juridiction à qui elle est confiée, et la dégradation croissante des mœurs prouvait qu'il y avait urgence à dessaisir les tribunaux de famille, à faire un délit public de ce qui n'avait été jusqu'à là qu'un délit domestique.

Quant aux prétendus effets du concubinat, ils n'existent pas davantage. Nous n'avons à nous occuper ici que de ceux qui ont trait à notre sujet (1). Rappelons-les : suivant l'opinion que nous combattons, les enfants illégitimes issus du concubinat auraient eu une filiation paternelle certaine, non seulement en fait, mais en droit ; d'où l'on conclut qu'ils pouvaient réclamer à leur père des aliments et aussi lui succéder *ab intestat*.

Examinons les arguments que l'on fait valoir en faveur de ces deux conséquences ; et tout d'abord, voyons s'il existe une obligation alimentaire entre père et enfants naturels.

On a voulu dans le sens de l'affirmative invoquer le texte suivant du jurisconsulte Ulpien qui forme au Digeste la loi 5 § 1, livre XXV, titre 3 : « *Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere* ». Mais ce passage ne prouve rien, car non seulement il faudrait un langage bien formel pour apporter aux principes incontestables sur la matière, la dérogation que l'on nous propose ; mais encore, ce qui

(1) Voir sur l'ensemble de la question : Gide, de la cond. de l'enf. nat. et de la concub.).

est décisif, l'ensemble du texte prouve que le jurisconsulte ne songeait qu'aux enfants légitimes sortis de la puissance paternelle, par émancipation notamment.

Comment en douter d'ailleurs lorsque nous voyons Ulpien lui-même nous apprendre que la mère était obligée de nourrir ses enfants, *surtout* lorsqu'ils n'étaient pas légitimes (l. 5, § 4. Dig. XXV. 3). Comment expliquer cette phrase, et particulièrement le mot *surtout* qu'elle renferme, sinon par cette considération que l'obligation de la mère est plus rigoureuse, lorsqu'il s'agit d'un bâtard, attendu qu'elle est seule à en être tenue, puisqu'il n'y a pas de père pour partager avec elle le fardeau de la dette? Et ne sommes-nous pas fondés en outre à nous emparer de la loi 5, § 6. Dig. XXV, 3, où Ulpien, nous fournissant un argument *a contrario* très puissant, puisqu'il nous ramène aux principes, dit encore : « le père doit des aliments à sa fille si elle est légitime (*si constiterit apud judicem juste eam procreatam*) » ? Il ne doit donc rien à ses enfants naturels.

Quant au droit de succession *ab intestat*, nous le croyons aussi imaginaire que la créance alimentaire.

Remarquons en commençant que ce n'est pas au moyen de textes que l'on veut l'établir ; il n'y en a pas. Aussi voyons-nous nos adversaires, après s'être accordés sur un point, à savoir que la vocation héréditaire de l'enfant né du concubinat n'est pas consacrée par le jus civile, mais par le droit prétorien, se diviser en deux groupes dont l'un soutient que l'enfant illégitime peut bénéfi-

cier de la *bonorum possessio unde liberi*, tandis que l'autre ne lui donne que la *bonorum possessio unde cognati*.

Prenons tout d'abord la doctrine de la *bonorum possessio unde liberi*. Elle ne nous arrêtera pas longtemps, car elle méconnaît les caractères les plus essentiels de la vocation héréditaire fondée sur ce titre, tels qu'ils nous sont révélés par les textes. Il est en effet incontestable : 1° que le Préteur ne compte parmi les *liberi* que les héritiers siens et les enfants émancipés, soit par le *de cuius* lui-même, soit, avant sa mort, par celui à qui ce *de cuius* les avait donnés en adoption ; 2° qu'il ne poussa pas jusqu'à ses conséquences extrêmes l'innovation qu'il apportait dans la législation des douze Tables, et qu'il tint compte de la puissance paternelle dans une certaine mesure en n'appelant que les enfants qui sont ou ont été soumis à la *patria potestas* du *de cuius*.

Or, comment songer à admettre qu'il accorde à des bâtards issus du concubinat, qui par conséquent sont nés *sui juris*, une *bonorum possessio* qu'il refuse aux enfants légitimes dans la succession de leur mère et aux *nepotes ex filia* dans l'hérédité de leur aïeul maternel, précisément parce qu'ils ne sont pas *sui heredes* et qu'ils ne pourraient être considérés comme tels alors même qu'un événement quelconque de leur existence serait tenu pour non avenu ?

Si nous passons maintenant à la *bonorum possessio unde cognati*, comme on ne peut produire aucun texte à l'encontre de notre opinion, nous pourrions l'écarter pour ce motif, dans l'espèce ; car pour si logique que soit un

raisonnement, il ne vaut que par la consécration que lui donne le législateur ; or si le Préteur avait appelé à la succession du père des héritiers sur le seul fondement de leur parenté naturelle, on ne comprendrait pas le silence absolu des sources ; d'autant plus qu'à l'époque classique les personnes unies par le concubinat étaient nombreuses et parfois occupaient de hautes situations. Nous n'en voulons pour preuve que l'exemple de Marc-Aurèle. Bien mieux, lorsqu'un droit de succession est donné aux enfants nés hors mariage, les recueils que nous possédons ne mentionnent, comme nous le verrons lorsque nous traiterons de la situation qui leur est faite au regard de leur mère, le contraste est significatif. Nous nous y arrêterons cependant, car l'argument que l'on nous propose, nous permettra de bien préciser, à la suite de M. Gide, un principe important que le savant professeur a mis très éloquemment en lumière.

Il est irrationnel, nous dit-on, de refuser à l'enfant naturel la *bonorum possessio unde cognati*, attendu que le Préteur fonde cette vocation héréditaire, *supplendi civilis juris causa*, sur la communauté du sang. Il est certain qu'il la donne aux enfants pour venir à la succession de leur mère. Est-ce parce que les liens qui unissent un enfant à sa mère sont plus forts que ceux qui le rattachent à son père, qu'il convient de la refuser au bâtard dans l'hérédité paternelle ?

Le raisonnement est spécieux. Pourtant, bien qu'il soit adopté par la majorité des auteurs, il nous semble

reposer sur une erreur ; à savoir qu'un père est le cognat de ses enfants ; or il n'en est rien, et l'on conviendra sans peine que la première condition pour qu'un prétendant puisse succéder comme cognat, est qu'il puisse justifier de cette qualité. En droit, en effet, de même que par les mâles seuls se formait la parenté agnatique, la cognation se développait par les femmes, et uniquement par les femmes, ainsi qu'en témoigne le passage suivant de Modestin dont la précision est de tout point satisfaisante : « *Et quidem naturalis cognatio intelligitur quæ per feminam descendit quæ vulgo liberos peperit* » (Adde Inst. III. 5 § 4 ; l. 10 § 2, Dig. XXXVIII. 8). Nous ne pouvons mieux faire, pour exposer cette idée, que de transcrire fidèlement les lignes suivantes de M. Gide (1) sur le point qui nous occupe : « Ce qui constituait, aux yeux des Romains, le rapport naturel de parenté, c'était un fait purement physique ; non pas le fait de la génération que la nature cache et que le juge ne peut constater, mais le fait de la naissance. La même loi naturelle, qui attribue les fruits de la terre au propriétaire du sol et non à celui de la semence, l'agneau au propriétaire de la brebis, et le jeune esclave au maître de sa mère, cette même loi va régler aussi le sort de l'enfant naturel : cet enfant n'a pas de père et n'a qu'une mère. »

Les Empereurs chrétiens eux-mêmes ne reconnaissent pas la cognation entre le père et l'enfant naturel. Comment

(1) Gide, p. 39. Dans le même sens Maynz. Droit romain, I § 102.

pouvait-il en être autrement antérieurement à eux ? Bien plus, le rapport que Justinien établit entre ces personnes ne peut être qualifié cognation, pour ce motif qu'il ne s'étend pas au delà ; on verra en effet qu'entre aïeul et petit-fils il n'y a aucun droit de succession (l. 12. C. V. 27; l. 9, C. V. 27. Nouvelle 89, ch. 4) (1).

Et maintenant que voici démontrée l'erreur sur laquelle reposait le raisonnement qui constituait le seul argument de nos adversaires, qu'il nous soit permis de citer les textes qui confirment notre manière de voir sur ce prétendu droit de succession.

C'est en effet Justinien qui le premier a donné aux enfants nés hors mariage, la vocation héréditaire qui leur était indispensable pour recueillir le patrimoine paternel, et encore ne leur donne-t-il qu'une bien faible portion de l'héritage (nouvelle XVIII, ch. 5, nouvelle LXXXIX, ch. 12). Nous sommes loin, on le voit, d'une *bonorum possessio* qui dès l'époque classique leur aurait permis de prétendre à la totalité.

Ainsi donc le père et l'enfant naturels sont en droit complètement étrangers l'un à l'autre ; et, d'après les idées romaines, il devait en être ainsi, car la famille, ce véritable petit Etat avec son culte et son gouvernement autocratique

(1) M. Accarias qui semble adopter sur la cognation l'opinion contraire à celle que nous soutenons au texte, arrive pourtant au même résultat que nous en ce qui concerne le refus de la *Bonorum possessio unde cognati*. V. Précis de droit romain I, 4^e édit. n° 456.

confié au *paterfamilias*, est, dans la conception admise par la loi des XII Tables, formée non pas par la communauté, mais par la volonté de son chef qui en groupe les membres à sa fantaisie. Celui-ci, en effet, fait entrer de nouveaux membres dans la famille par l'adoption ou l'adrogation ; il peut en exclure les membres qui en font déjà partie, en les émancipant, ou plus généralement, en leur faisant subir une *minima capitis deminutio* ; en contractant les *justæ nuptiæ*, il émet par avance la volonté d'admettre dans sa famille les enfants qui naîtront du mariage. . . . et l'on pourrait multiplier ces exemples qui prouvent que l'enfant naturel ne saurait prétendre faire partie d'une famille dans laquelle personne ne l'a invité à entrer, dont il a même été formellement exclu par avance, de par la volonté de son chef qui n'a pas contracté les *justæ nuptiæ*.

Mais si l'enfant né hors mariage n'avait aucun droit à invoquer contre son père, il pouvait tout attendre de sa bonne volonté, que la législation n'entravait en aucune façon, et cela suffit pour justifier le système romain du reproche de barbarie qu'on pourrait être tenté de lui adresser. Le père naturel pouvait faire pour lui tout ce qu'il aurait fait pour un étranger, et rien ne montre mieux que cette conséquence, la vérité de ce que nous avons dit au début de cette étude, à savoir que la situation du bâtard romain a été négligée, oubliée, mais nullement réglementée d'une façon haineuse. Comment en effet conci-

lier avec une idée de châtiment, la pure et simple application du droit commun que nous relevons ici ?

Entrons maintenant dans quelques détails.

L'enfant illégitime à Rome pouvait être traité comme un étranger ; il n'était frappé d'aucune incapacité de recevoir ; son père pouvait lui faire toute espèce de libéralité (l. 45. pr. Dig. XXVIII. 6) entre vifs ou à cause de mort, et, s'il ne pouvait recueillir l'hérédité paternelle en vertu d'une vocation héréditaire *ab intestat*, qui lui était refusée, il pouvait être institué héritier par testament. Bien mieux, il pouvait, si son père y consentait, acquérir par voie d'adoption ou plutôt d'adrogation puisqu'il était *sui juris*, tous les droits que l'illégitimité de sa naissance lui enlevait (l. 11. Dig. I. 6 ; l. 46. Dig. I. 7 ; l. 6. C. V. 27) ; il entraît alors dans la famille, et y jouissait des mêmes droits qu'un enfant légitime ; seulement, constatons-le, le droit commun auquel il était soumis pouvait parfois paralyser les bonnes intentions de son père à son égard, car certaines conditions de la faculté d'adopter n'étaient pas levées en sa faveur. Rappelons en effet que l'on ne pouvait adroger qu'un enfant, et seulement si l'on n'avait pas déjà de postérité légitime ou adoptive, et que les lois caducaires ne permirent l'adrogation que lorsque l'adrogeant avait plus de 60 ans ; de plus, il fallait que l'adoptant eût dix-huit ans de plus que l'adopté.

SECTION II. — VIS-A-VIS DE LA MÈRE

Très-vraisemblablement, au début, la condition de l'enfant né hors mariage dut être sensiblement la même vis-à-vis de sa mère qu'à l'égard de son père, avec cette différence toutefois que les femmes à Rome n'ayant pas le droit d'adroger, il ne pouvait y avoir aucun espoir pour lui de faire jamais partie de la famille de sa mère. Rien il est vrai ne nous permet d'affirmer que sa filiation maternelle ne fut pas certaine; seulement cette filiation ne créait aucun avantage en sa faveur.

Mais la situation changea au grand bénéfice des bâtards, lorsque les innovations du Préteur, réagissant sur les anciens principes, tendirent à dégager une nouvelle notion de la famille fondée sur une base plus rationnelle, la communauté du sang, au lieu et place de l'antique conception qui, pour le groupement de ses membres, tenait uniquement compte du lien purement artificiel de la *patria potestas*. Et, en effet, du jour où le Préteur eût créé la *Bonorum possessio unde cognati*, l'enfant illégitime eut une mère et des parents maternels, non plus seulement en fait, mais en droit (Inst. III. 3 § 4), car il succéda à sa mère, si celle-ci prédécédait sans laisser d'agnats, jouissant ainsi de la même vocation que l'enfant issu *ex justis nuptiis*; et, inversement, sa mère put lui succéder s'il mourait avant elle sans agnats. Enfin nous constatons encore un

droit de succession réciproque, toujours à défaut d'agnats, entre cognats naturels ou légitimes issus de la même femme.

Ainsi donc le droit prétorien attache des effets importants à la cognation ; et cela sans examen de son origine, puisqu'il traite de la même façon l'enfant légitime, et celui qui ne l'est pas, et qu'il leur accorde les mêmes avantages. Un principe nouveau remplace l'ancienne tradition qui ne fondait la vocation héréditaire que sur l'idée de l'agnation. Le Préteur ne se préoccupe que d'une seule chose, la communauté du sang ; or elle existe au même degré entre la mère et ses enfants, que ceux-ci se réclament des justes noces, ou qu'ils soient nés de toute autre union, même de l'union réprouvée qui s'appelle *stuprum*. A tous les cognats, quelle que soit leur origine, le Préteur donne le droit de succéder ; et ceci nous explique pourquoi les bâtards héritent de leur mère, soit seuls, soit en concours avec les enfants légitimes ; pourquoi les uns et les autres ont part égale dans l'hérédité qui leur est offerte ; pourquoi enfin il existe une vocation héréditaire réciproque entre les enfants de la même mère, bien que les uns soient légitimes, et que les autres ne le soient pas.

Toutefois, comme on l'a vu, les réformes introduites par l'Edit n'étaient pas radicales, puisque les cognats ne venaient qu'à défaut d'agnats. Mais si nous constatons qu'il se pouvait, en vertu de cette règle, que l'enfant né hors mariage fût primé par un parent très éloigné, nous ajouterons qu'en fait le cas doit être assez rare, pour ce

motif qu'à Rome on était sévère pour les femmes ingénues qui menaient une mauvaise conduite, tandis qu'on tolérerait assez facilement les désordres d'une affranchie. Si donc il y avait de nombreux enfants naturels dont la mère était affranchie, le nombre des filles-mères ingénues, qui seules avaient des agnats, devait être relativement restreint. Pourtant les cognats d'une affranchie étaient primés par le patron.

L'enfant illégitime a une mère certaine, en fait comme en droit, nous l'avons dit ; il lui est rattaché par un lien légal dont il retire certains avantages, nous venons de le voir. Il serait étonnant qu'il ne pût dans le besoin réclamer des aliments à sa mère, et que le Préteur ne vînt pas ici à son secours, lui qui défend de l'exhérer. Aussi l'obligation alimentaire réciproque existe-t-elle, et, nous l'avons vu, d'autant plus rigoureuse que le bâtard ne pouvait rien réclamer à son père.

Quant à l'époque où elle apparaît pour la première fois, on ne saurait la préciser. Il est très probable qu'elle existait avant Auguste ; en tout cas, nous la trouvons admise unanimement à l'époque classique. Aux textes que nous avons cités déjà, nous ajouterons la loi 5 § 4, Dig. XXV. 3, du jurisconsulte Ulpien qui s'exprime en ces termes : *Ergo et matrem cogemus præsertim vulgo quæsitos liberos alere nec non et ipsos eam.*

C'était par voie de *cognitio extraordinaria* que l'enfant agissait pour obtenir le paiement de la dette alimentaire.

Il résulte en somme, de tout ce qui précède, que l'en-

fant né hors mariage n'était nullement maltraité, bien au contraire, dans ses rapports avec ses parents maternels. Seulement, il pouvait désirer mieux encore, puisque le droit prétorien n'avait pas osé attaquer de front le système qui servait de base au régime successoral ancien, la prééminence de la famille civile sur la famille naturelle. Mais ce que le Préteur n'avait pu faire, deux sénatusconsultes fameux, le S. C. Tertullien et le S. C. Orphitien, l'accomplirent à compter de la seconde moitié du II^e siècle, non pas en créant un système successoral nouveau, mais en faisant figurer dans les divers ordres d'héritiers déjà organisés des personnes que le *jus civile* avait exclues.

En premier lieu, le sénatus consulte Tertullien, rendu suivant les uns sous Adrien, suivant les autres sous Antonin le Pieux, admit la mère en qualité d'agnate à la succession de ses enfants. On saisira toute la portée de l'innovation, si l'on se rappelle que d'après l'ancien droit civil, la mère mariée *sine manu* ne pouvait succéder *ab intestat* à ses enfants, et que le Préteur l'y admettait seulement en qualité de *cognate*.

Le sénatus consulte lui crée une situation bien préférable en la faisant passer après les héritiers siens et assimilés aux *sui* (l. 2. §§ 8 et 14 *ad sct. Tert.* XXXVIII. 17) ; quant aux descendants autres que les *sui heredes*, elle concourt avec eux, s'ils sont du premier degré, sinon elle les exclut pour le tout (l. 2, § 9, *ad sct. Tert.*). A défaut des héritiers que nous venons de spécifier, elle recueillait la totalité de la succession, attendu que les frères et sœurs

qui l'auraient exclue, ou les sœurs qui auraient pris une moitié de l'hérédité, s'ils avaient pu venir comme agnats, c'est-à-dire s'il se fût agi d'un enfant légitime, ne pouvaient invoquer ici que le droit qui résultait de la *cognation*.

Mais, conçu dans le même esprit que les lois Julia et Pappia Poppea, le sénatusconsulte ne donnait le droit de succéder qu'à la mère qui avait le *jus liberorum*, c'est-à-dire trois enfants, si elle était ingénue, quatre dans le cas contraire (Inst. III. 3 § 2). Peu importait au surplus qu'ils fussent nés *ex justis nuptiis*, comme aussi peu importait que le de *cujus* fût ou non enfant naturel.

Elle lui succédait lorsqu'il devait sa naissance au concubinat et même au *stuprum* (Inst. III. 3 § 7). Il fallait pourtant qu'il fût ingénu ; sans cela, le droit de la mère s'effaçait devant celui du patron ou de ses descendants ; et même, si ceux-ci faisaient défaut, une *cognatio servilis* ne fondait à l'époque classique aucun droit de succession (l. 10 § 5. Dig. XXXVIII. 10). De plus, si elle avait des droits, on lui imposait aussi des devoirs sanctionnés par de graves dechéances. C'est ainsi que la mère, âgée de plus de vingt-cinq ans, ne succédait plus à son enfant, mort impubère, lorsqu'elle avait négligé de faire toutes diligences utiles pour qu'un tuteur lui fût nommé ou pour le remplacement d'un tuteur excusé ou destitué (l. 2, § 1, Dig. XXVI. 6; Inst. III, 6, § 3; l. 2, § 23, XXXVIII, 17; l. 2, C. II, 35).

En résumé, la mère, désormais *heres legitima*, avait le

droit d'invoquer à son choix la *bonorum possessio unde legitimi*, ou son titre d'*heres*. Enfin on ne distinguait pas si la mère était *sui juris* ou *alieni juris* (Inst. III, 3, § 2), ingénue ou affranchie (l. 2 pr. ad sen. Tert). infâme ou non (l. 2 § 4, ad sen. Tert).

Rendu sous Marc-Aurèle et Commode, le Sénatus consulte Orphitien est la contre-partie du précédent, en ce sens qu'il appelle les enfants à la succession de leur mère dont l'ancien droit civil les excluait totalement, et que le Préteur ne leur offrait qu'au titre de cognats. Le Sénatus consulte leur donna très libéralement le droit de succéder à leur mère, puisqu'ils excluent tous les agnats, même les frères et sœurs consanguins, le patron et le père émancipateur, sauf la mère avec laquelle ils concourent (Inst. III. 4. ; pr. l. 1, § 9, Dig. XXXVIII, 17). Comme la vocation des enfants est fondée sur la communauté du sang, il est inutile qu'ils soient nés *ex justis nuptiis* ; nés du concubinat et même *vulgo concepti*, pourvu qu'ils soient citoyens romains et ingénus, ils succèdent à leur mère ingénue ou affranchie, aussi bien que les enfants légitimes (Inst. III. 4 pr. et § 3; l. 1 pr. XXXVIII. 17; Paul Sent. IV. 10 §§ 2 et 3). A la différence du Tertullien, le Sénatusconsulte Orphitien n'exigeait pas que l'appelé eût le *jus liberorum*.

Notons toutefois que la *Bonorum possessio unde cognati* ne perdit pas tout d'abord entièrement son utilité ; et, en effet, le Sénatusconsulte ne visant que les rapports entre la mère et l'enfant, c'est-à-dire ne donnant vocation

qu'aux enfants du premier degré, lorsqu'il s'agissait de succéder à tout autre cognat, par exemple, un aïeul maternel ou un parent collatéral, le droit prétorien était d'un secours très-précieux. Toutefois, cette application de la *Bonorum possessio unde cognati* dut disparaître, lorsque furent rendues les constitutions impériales qui continuèrent, ainsi que nous le verrons bientôt, l'œuvre inaugurée par les Antonins.

Terminons ce chapitre en constatant qu'à l'époque classique l'enfant né hors mariage a droit dans l'hérédité maternelle à une quarte légitime, tout comme l'enfant dont les parents sont unis en justes noces (l. 29, § 1. Dig. V. 2); s'il n'en a pas été rempli, il peut intenter avec succès la *querela inofficiosi testamenti* (1). Nous n'avons sur ce point aucune observation particulière à présenter.

(1) Gaston May. *Eléments de dr. rom.* 1^{re} édit. I. n° 224. Accarias *Précis dr. rom.* I, n° 353.



CHAPITRE II

De l'Empereur Constantin à Justinien.

SECTION I^{re}. CONDITION VIS-A-VIS DU PÈRE

Le fait capital du règne de Constantin est l'établissement du christianisme comme religion officielle de l'Etat ; or, ce changement si important à tous égards devait influencer considérablement sur la condition des enfants qui n'étaient pas issus *ex justis nuptiis*. En effet, la religion nouvelle, réagissant contre les idées païennes et réformant les mœurs, ne devait plus fermer les yeux sur les débordements de l'époque. Aussi, s'inspirant de son esprit, les Empereurs chrétiens, et le premier de tous, Constantin, prirent-ils des mesures pour enrayer les progrès du libertinage et pour ramener les citoyens vers le mariage, seule union honorable : ceci explique l'abondance des textes sur la matière qui figurent au Code, tandis que les sources sont peu nombreuses au Digeste.

Parmi ces mesures, les unes atteignent directement les coupables eux-mêmes ; nous n'en parlons ici que pour

mémoire, car elles ne nous paraissent pas rentrer dans le cadre de notre sujet. Les autres ont aussi pour but de les atteindre, mais on peut dire que ce n'est qu'indirectement; elles consistent à les frapper dans la personne de leurs enfants; on espère ainsi détourner des unions illicites en inspirant la crainte de voir la descendance naturelle frappée; celles-ci, nous les étudierons avec soin, car elles sont le point de départ d'une théorie qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours. Faisons toutefois deux remarques avant de commencer; la première, c'est que toutes les réformes inspirées par le christianisme, sur le point qui nous occupe, n'ont trait qu'à la condition de l'enfant né hors mariage, à l'égard de son père, et que, vis-à-vis de sa mère, l'enfant illégitime continuera en principe jusqu'aux dernières époques, à jouir de la même situation que l'enfant légitime; nous aurons, il est vrai, à noter, quelques exceptions, mais la règle ne cessera pas d'être celle que M. Gide formule d'une façon si saisissante en ces termes: « les enfants légitimes ne sont dans leurs rapports avec leur mère que des enfants naturels » (1); la seconde, c'est que la charité chrétienne vint ici tempérer peu à peu les rigueurs excessives que l'intolérance inséparable des débuts de toute religion nouvellement introduite avait fait admettre, et que l'influence de ces deux facteurs: d'une part le désir de réprimer le désordre, d'autre part l'esprit de justice qui défend de punir l'innocent pour le coupable, tendit à

(1) Page 42.

imposer le régime mixte si éloigné de la législation ancienne, mais procédant de la même pensée que le nôtre qu'il nous reste à exposer.

Ce fut Constantin, fils lui-même, on le sait, d'une concubine, qui inaugura le nouveau système qui allait être imposé aux enfants illégitimes. Il procéda d'une façon radicale (1 l. 4 et 5. C. de nat. lib. IV. 6); ces constitutions prohibitives formaient peut-être (1) les lois 1 et 2 du titre de *naturalibus liberis* au code Théodosien. La loi 1 manque entièrement; il reste quelques lignes de la loi 2.

Justinien nous apprend en effet (nouvelle 89, préambule, et ch. XII pr.), que le premier empereur chrétien interdit dans tous les cas au père naturel de faire une libéralité quelconque, si minime qu'elle fût, soit à la mère naturelle, soit aux enfants qu'il aurait eus d'elle en dehors des *justæ nuptiæ*. Une telle libéralité ne pouvait produire aucun effet en droit; elle était nulle quel qu'ait été le mode imaginé pour la réaliser; donation entre-vifs, aussi bien que donation à cause de mort, dans son sens le plus large, directe ou indirecte. Nous trouvons une trace de l'incapacité générale qui frappait à cette époque la concubine et tous les bâtards dans la constitution qui forme la loi 1^{re} C. livre V, titre 27. Cette constitution défend à peine de nullité à certains personnages élevés qu'elle spécifie, de faire une libéralité quelconque aux enfants qu'ils auraient eus d'une femme indigne, ou à cette femme elle-même.

Ceci posé, nous pouvons déjà tirer la conclusion suivante : en droit, le père et les enfants naturels ne sont plus désormais des étrangers ; la loi ne méconnaît plus le lien qui les unit. Ce n'est que pour y attacher une incapacité, c'est certain, pour faire au bâtard une situation plus pénible que jadis, c'est encore vrai ; mais enfin les rigueurs dont il est l'objet prouvent qu'à l'avenir il aura une filiation paternelle reconnue. Peu importe, dira-t-on, puisque la loi ne recherche cette filiation que pour le frapper. Mais nous venons de laisser à entendre que les excessives rigueurs que Constantin, dans son ardeur de néophyte, avait établies, furent postérieurement révisées ; aussi, plus tard, lorsque des tempéraments y furent apportés, et il ne pouvait en être autrement, attendu que les mœurs d'un peuple ne changent pas du jour au lendemain par le seul effet d'une législation draconienne, et que les souvenirs du paganisme étaient encore trop présents, le bénéfice négatif qui avait été accordé à l'enfant né hors mariage, fut muni d'avantages assez importants. S'il ne put plus à l'avenir tout attendre de la bonne volonté de son père, il eut à titre de compensation, des droits qu'il nous reste à étudier. Seulement, notons-le bien, ces droits ne furent jamais considérés que comme des exceptions établies en sa faveur ; la règle resta toujours celle que Constantin avait établie, c'est-à-dire l'incapacité générale pouvant se ramener à la formule suivante ; non seulement le bâtard n'a aucun droit comme conséquence de sa filiation paternelle, mais encore son père ne peut rien faire pour lui.

La réforme de Constantin, étant donné le motif qui l'avait suscitée, demandait une contre-partie pour former un système complet; en effet, punir une faute ne suffit pas, et toute bonne législation pénale doit tendre, outre son châtement, à l'amendement du coupable. Or si nous voyons le coupable puni, nous ne trouvons, dans ce que nous avons exposé de la législation nouvelle, aucun moyen pour lui de réparer sa faute. Constantin le comprit; mais dans la crainte d'encourager les désordres, en faisant entrevoir à leurs auteurs la possibilité d'en réparer les conséquences, avant même de les avoir commis, il ne prit pas sur ce point de mesure permanente. C'est ainsi que, si c'est lui qui eut le premier l'idée de la légitimation par mariage subséquent, il ne l'accorda qu'aux parents dont les enfants étaient nés antérieurement à sa constitution, en d'autres termes à titre purement transitoire. Dans cette mesure cependant, il lui fit produire les effets les plus étendus, en assimilant complètement les enfants légitimés à ceux qui étaient nés *ex justis nuptiis*. En effet, du moment que les parents naturels se mariaient, toutes les conséquences du mariage se produisaient, toutes les incapacités édictées contre l'illégitimité disparaissaient; le père naturel acquérait la *patria potestas*.... Pourtant il n'y avait pas de légitimation possible pour les enfants dont la mère était affranchie; et, d'autre part, pour les enfants issus du *stuprum*.

Ce fut donc un essai timide, mais ce qui peut surtout étonner, c'est la tardiveté que l'on constate dans l'appari-

tion de cette institution qui, semble-t-il, aurait dû coïncider avec la notion même de l'illégitimité. Pourtant la chose s'explique aisément, sans même avoir recours à cette idée déjà présentée, qu'antérieurement à Constantin le droit ne s'était nullement occupé des bâtards, par cette considération que la nécessité de la légitimation, c'est-à-dire du moyen d'effacer les incapacités résultant de la bâtardise, n'apparaît comme urgente qu'avec ces incapacités elles-mêmes.

Sans doute dans la législation qui a précédé la période où nous nous trouvons, l'enfant né hors mariage pouvait désirer être uni à son père par un lien légal. Mais enfin, à la rigueur, la situation pour lui n'était pas intolérable ; tout d'abord l'adoption lui procurait les mêmes bénéfices, et lorsqu'elle n'était pas possible, il pouvait tout attendre de la générosité paternelle ; d'un autre côté, vis-à-vis de sa mère, sa situation était identique à celle de l'enfant légitime.

Il nous reste une question à résoudre ; à partir de Constantin, l'adrogation fut-elle encore possible ? En bonne logique, il semble que non, puisqu'elle tend au même but que la légitimation, et que la législation nouvelle jugeait celle-ci trop dangereuse pour être établie d'une manière permanente, et pourtant cette solution nous semble douteuse pour ce motif qu'aucune interdiction n'apparaît dans les sources avant Justin (l. 7, C. V. 27). Assurément, bien des objections doivent être formulées dans la pratique, car l'adrogation énervait tout le système de répression imaginé en permettant de tourner la loi ; peut-être d'ailleurs, en

fait, évitait-on tous les inconvénients, grâce à la sévérité dont le magistrat devait faire preuve au cours de l'enquête qui précédait l'adrogation. Quoi qu'il en soit, toute controverse sur ce point disparut à partir d'Anastase qui décida que l'adrogation des enfants naturels était et demeurerait pour l'avenir pleinement licite, en même temps qu'il la munissait des effets les plus étendus (l. 6, C. V. 27).

Constantin avait rendu la condition de l'enfant né hors mariage, très-pénible. Résumons-la brièvement : le droit lui reconnaît bien un père, mais il ne retire pas de cette reconnaissance le plus léger bénéfice, puisque, non seulement il n'a aucun droit de ce côté, mais encore que les bonnes intentions de son père à son égard se trouvent paralysées. D'autre part, exception faite du cas d'adoption, que le droit commun ne facilitait guère, il ne pouvait espérer voir sa situation s'améliorer, puisque la légitimation n'existait pas à titre d'institution permanente. Mais des réformes furent apportées dans la législation qui revint bientôt à une appréciation des choses plus humaine ; ce furent, nous apprend Justinien (préambule de la novelle XII et pr. du ch. XII), les empereurs Valens, Valentinien et Gratien, qui les premiers s'engagèrent dans cette voie, et conçurent l'idée de protéger la famille, tout en relevant, ainsi que leur mère, de l'incapacité générale dont Constantin les frappait, ceux que la terminologie de l'époque impériale désignait sous le nom de *liberi naturales*. Leur système, que confirmèrent les empereurs Honorius et Arcadius (l. 2, C. V. 27), consistait à faire varier la capacité de la

concubine et de ses enfants, suivant que le *de cujus* laissait ou non des parents légitimes, et suivant la qualité de ceux-ci. Si le défunt laissait des *liberi justî*, des petits-enfants *ex filio*, ou bien son père ou sa mère, la quotité disponible était d'un douzième de son patrimoine s'il voulait gratifier à la fois sa concubine et les *liberi naturales*, d'un vingt-quatrième, s'il ne faisait de libéralités qu'à sa seule concubine ; s'il ne laissait pas de tels héritiers, il pouvait disposer en faveur de sa concubine et des enfants qu'il avait eus d'elle, du quart de sa fortune (Novelle 89, ch. 12. pr., ll. 4 et 6. C. Theod. IV. 6).

Mais ces réformes ne s'appliquaient pas à tous les enfants naturels. Seuls les *liberi naturales*, les enfants nés du concubinat en bénéficièrent, et c'est ainsi que nous voyons pour la première fois apparaître une distinction légale entre les divers enfants nés hors mariage. On met d'un côté ceux qui doivent leur naissance au concubinat ; nous venons de voir l'adoucissement qui s'était introduit dans le sort que Constantin leur avait fait ; de l'autre, les *spurii*, pour lesquels toutes les rigueurs admises par le premier empereur chrétien furent maintenues (l. 6, C. V. 5), et à cela rien d'illogique, car si le droit antérieur avait confondu tous les bâtards dans la même indifférence, il ne pouvait plus en être de même lorsque le législateur voulut les frapper pour atteindre leurs parents ; il était raisonnable en effet de proportionner la peine au châtiement ; or, incontestablement, les personnes unies par le concubinat devaient être punies moins durement que

celles qui s'étaient rendues coupables du véritable crime de *stuprum*, et qui avaient mis au monde des enfants issus *ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus* (nov. 89, ch. 15).

Terminons sur ce point, en faisant remarquer qu'il fallait également mettre à part les enfants *vulgo concepti*. Ceux-ci n'ayant pas été atteints par les innovations de Constantin, par la force des choses, puisque la législation de ce prince ne visait que les rapports des enfants naturels avec leur père, et que ce dernier était inconnu aussi bien en fait qu'en droit. La question ne peut donc se poser de savoir si les tempéraments apportés par la suite, leur furent applicables. Ils conservèrent exactement la situation qu'ils avaient dès la première période, c'est-à-dire qu'ils restaient totalement étrangers à leur père, qu'ils ne connaissaient pas, et qu'ils étaient traités à l'égard de leur mère, comme les enfants légitimes.

L'état de choses qui ne permettait aux bâtards d'obtenir le traitement de l'enfant légitime que par le moyen assez peu commode de l'adrogation, persista jusqu'à la fin du 5^e siècle. Mais à cette époque les nécessités d'une bonne administration des finances de l'Empire, vinrent suggérer un système assez étrange, qui combla la lacune que Constantin et ses successeurs n'avaient pas jugé à propos de faire disparaître. Nous voulons parler d'un nouveau mode de légitimation, l'oblation à la curie, imaginé par Théodose le Jeune et Valentinien.

Pour un motif de méthode, nous réservons les déve-

loppements que nous nous proposons de consacrer à cette institution. Justinien, en effet, l'a élargie et perfectionnée, et nos explications gagneront en clarté à être présentées lorsque nous nous occuperons de la législation de ce prince.

Cette innovation, on le comprendra mieux lorsque nous en aurons exposé la théorie complète, donnait prise à bien des critiques ; notamment, on peut lui reprocher de favoriser le libertinage des gens riches, qui seuls pouvaient user de ce moyen pour réparer les fautes commises, et aussi d'avilir les dignités. Elle subsista néanmoins, à titre d'institution permanente, à la différence de la légitimation par mariage subséquent, beaucoup plus morale cependant, et passa dans le droit de Justinien, qui la maintint en raison des avantages financiers qu'elle offrait (l l. 3 et 4. C. v. 27). Seulement, comme elle ne pouvait suffire, nous voyons réapparaître de temps en temps, et à titre fugitif, conformément aux idées de Constantin sur la matière, la légitimation par mariage subséquent. C'est ainsi qu'en l'année 476, Zénon rétablit ce correctif nécessaire des rigueurs du droit, mais seulement pour les enfants issus du concubinat d'une mère ingénue, nés antérieurement à sa constitution (l. 5. C. v. 27), et que 40 ans plus tard, Anastase la remit en vigueur ; les vues de ce prince furent plus larges que celles de ses prédécesseurs, car il rétablit ce mode de légitimation à titre d'institution permanente, autrement dit, il en accorda le bénéfice, non-seulement aux enfants naturels déjà nés,

mais encore à ceux qui n'étaient pas encore conçus au jour où il légiférait. D'autre part, il n'apparaît pas qu'il ait réservé aux seuls concubins la possibilité de réparer la faute commise, ni exigé de la mère, comme Zénon, la qualité d'ingénue ; enfin, on s'en souvient, ce fut lui qui déclara pleinement valable l'adrogation des bâtards (l. 6. C. v. 27).

Malheureusement sa constitution ne resta en vigueur que deux ans, car son successeur Justin l'abrogea sous prétexte qu'elle était déshonnête, mais en réalité parce qu'il craignait de voir s'établir une concurrence fâcheuse entre la légitimation par mariage subséquent, et la légitimation par oblation à la curie. Le maintien de cette dernière, évidemment immorale, prouve la justesse de notre affirmation.

En même temps, Justin abrogeait la constitution d'Anastase qui autorisait l'adrogation des bâtards ; et en cela il se montre plus logique, car si le père peut tourner les incapacités qui sont le châtiment des unions illicites, sans réparer sa faute en régularisant cette union, l'ensemble du système répressif se trouve énérvé.

SECTION II^e. CONDITION VIS-A-VIS DE LA MÈRE

La période que nous étudions ne comporte pas uniquement des rigueurs ; et, en effet, si le christianisme inspira des mesures spéciales contre les enfants naturels, il continua

le travail de lente destruction inauguré par le Préteur, travail qui devait aboutir à la ruine de la famille agnatique. Or nous avons déjà vu que les progrès de la parenté par le sang ou cognation, qui améliorèrent le sort des enfants légitimes, profitaient à ceux qui ne l'étaient pas.

Nous signalerons en ce sens, mais sans nous y arrêter, car elles ne sauraient nous intéresser, trois constitutions qui vinrent successivement modifier le système du *Sénatus consulte Tertullien*. La première émane de Constantin, la seconde des empereurs Valens et Valentinien I, enfin la troisième fut l'œuvre de Théodose II et Valentinien III ; elles concernent les droits de la mère lorsqu'elle se trouvait en concours avec des agnats. Nous nous contenterons de les mentionner pour ce motif que l'enfant né hors mariage n'a pas d'héritiers venant exclusivement à ce titre.

Mais d'autres réformes, qui donnèrent la préférence aux dispositions du *sénatusconsulte Orphitien* sur le *Tertullien*, notamment celle des empereurs Valentinien, Théodose et Gratien (l. 4. C. VI. 57; Inst. III. § 3; ll. 3 et 8. C. Th. V. 1), méritent plus qu'une simple mention. On peut les résumer ainsi : dans le droit classique, les enfants, légitimes ou non, venaient à la succession de leur mère, en concours avec leur grand'mère maternelle. Il y avait partage entre la mère et les enfants de la défunte, l'une s'appuyant sur le *sénatusconsulte Tertullien*, l'autre sur l'*Orphitien*.

Désormais, les enfants même nés hors mariage pri-

mèrent la mère qui, ainsi, n'exclura pas davantage les autres descendants. Ce n'est pas tout ; le sénatusconsulte Orphitien, en appelant à titre d'héritiers légitimes les descendants *per feminas*, ne s'était occupé que de la postérité au premier degré ; il en résultait cette conséquence que les petits-enfants, n'ayant que la *Bonorum possessio unde cognati* pour succéder à leur aïeule, étaient primés soit par les enfants au premier degré, soit par la mère, soit par les agnats du *de cujus*. En l'année 389, les empereurs Valentinien II, Théodose I^{er} et Arcadius, réformèrent sur ce point le droit successoral, en admettant les petits-enfants à la succession de leur aïeule (l. 4, § 2. C. Théod. V. 1 ; l. 9. C. VI. 55), en même temps qu'ils donnaient aux *nepotes ex filia* le droit de venir comme lui à la succession de leur aïeul maternel, au lieu et place de leur mère prédécédée (l. 4. C. Théod. V. 1). Ce nouveau pas en avant dans le sens de la consécration de la famille selon la nature, profita aux enfants illégitimes comme aux légitimes. Peu importait que la filiation des petits-enfants ou de leur mère dérivât ou non des *justæ nuptiæ*. A l'avenir, les bâtards qui survivront à leur mère, recueilleront la succession de leur grand-père ou de leur grand'mère maternels, à l'exclusion de la mère des *de cujus*, alors même que leur mère à eux serait elle-même fille naturelle. Ce droit est en effet concédé formellement aux *liberi injusti ex filia legitima vel injusta*. Seulement leur vocation héréditaire comporte certaines restrictions au point de vue du *quantum* de la part qui

leur est allouée : en effet, si l'aïeul décédé laisse des héritiers siens ou assimilés aux *sui*, ils n'excluent pas les enfants naturels qui concourent avec eux ; mais ceux-ci ne peuvent prendre à eux tous que les deux tiers de la part qui aurait appartenu à leur mère. D'un autre côté, si l'aïeul laisse des agnats à défaut de *sui*, les enfants nés hors mariage ne les priment pas d'une façon exclusive, ils concourent avec eux, bien que leur part soit plus considérable que dans l'hypothèse précédente, car ils leur enlèvent les trois quarts de l'hérédité. S'il s'agit de la succession d'une grand'mère à ses petits-enfants, les agnats enlèvent le quart.

Comme sanction de la réserve qui leur est accordée, on donne la *querela inofficiosi testamenti* aux petits-enfants, contre le testament de l'aïeul qui, sans motif sérieux, les aurait exhéderés. Il n'est pas douteux que ce moyen d'action n'appartienne aux enfants nés hors mariage.

Cet exposé d'une législation, que l'on peut qualifier d'intermédiaire, car elle va être entièrement refondue sous Justinien, ne serait pas complet, si nous omettions une observation assez importante. La voici : nous avons bien souvent posé en règle qu'en droit romain tous les enfants étaient égaux vis-à-vis de leur mère ; tel était en effet le principe, mais il comportait deux exceptions : 1^o Constantin dans sa sévérité exagérée punissait de mort, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, la femme qui entretenait des relations avec un esclave dont elle avait la propriété. Ce prince décida, en outre, que les enfants issus de ce *contu-*

bernium ne pourraient acquérir la portion la plus minime du patrimoine de leur mère (l. 1, C. IX. II) ; 2^o les empereurs Arcadius et Honorius refusèrent, en même temps qu'ils les frappaient d'une incapacité générale de recevoir par donations entre-vifs ou testamentaires à l'égard de leur mère, tout droit dans l'hérédité maternelle, aux enfants issus d'unions entachées d'inceste ou prohibées par les lois (*ex incestis vetetisve nuptiis*) (l. 6, C. V. 5).

Peut-être ces pénalités n'atteignaient-elles pas les bâtards qui nous occupent, lorsque leurs parents étaient de bonne foi, et s'étaient séparés aussitôt qu'ils avaient connu le vice de leur union (l. 4, C. V. 5).

Nous voyons ainsi apparaître le premier germe d'une différence entre la maternité légitime et la maternité naturelle.

Terminons sur ce point en notant qu'à partir du règne de Dioclétien et de Maximien, la femme qui avait eu des enfants et les avait perdus, put obtenir du prince l'autorisation d'adroger (l. 5, C. 1, 7). Bien que la chose ne soit pas certaine, il y a tout lieu de croire que cette adoption donnait vocation héréditaire dans la succession de l'adrogée, et donnait aussi le droit d'attaquer son testament en cas d'omission sans cause. Ce dernier droit résulte de la loi 29 § 3 (C. V. 2), où il paraît probable que Justinien a ajouté les mots « *sine jussu principis* » au texte d'Ulpien. Tel qu'il est, il signifie que l'enfant adopté *sine jussu principis* n'aurait pas droit à la *querela* ; *a contrario* il l'aurait eue si l'adoption avait été opérée *cum jussu principis*.

CHAPITRE III

Condition de l'enfant naturel sous Justinien

L'empereur Justinien ne peut encourir le reproche de ne pas s'être occupé de la question des enfants naturels, car son œuvre sur ce point est considérable. Nous le voyons en effet, commencer par amender la législation telle que ses prédécesseurs l'avaient créée, puis refondre la matière et la codifier en quelque sorte dans la Nouvelle 89.

L'ensemble de son système procède des nouvelles idées que le Christianisme avait introduites : pour écarter des unions irrégulières, pour ramener au mariage, il ne trouve pas mieux que ses devanciers ; il punit les coupables dans ce qu'il présume devoir être leurs plus chères affections. Expédient détestable, sans doute, mais que le législateur moderne n'a pas su encore remplacer, et il proportionne le châtiment à la gravité de la faute, ce qui l'amène à maintenir les distinctions précédemment admises parmi les enfants illégitimes. Mais il comprit aussi, et cette idée lui appartient plus qu'à tout autre, que l'enfant n'est nullement responsable de la faute de ses auteurs ; aussi adoucit-il leur sort, et les releva-t-il de certaines incapacités, dans la mesure compatible avec le système de répression qu'il consacre, lorsque l'intérêt de la famille légitime qu'il importe de protéger, n'était pas en cause. Ce fut lui en effet qui le premier fit produire en faveur des enfants nés

hors mariage des droits dérivant de leur filiation paternelle, notamment le droit d'exiger de leur père, des aliments, lorsqu'ils sont dans le besoin, le droit aussi de lui succéder. Enfin il donne aux parents naturels le moyen de faire entrer dans leur famille les enfants illégitimes.

Voilà, brièvement résumée, quelle était à l'avènement de ce prince la condition juridique des bâtards: vis-à-vis de leur mère, ils jouissaient sous le bénéfice des deux exceptions signalées, des mêmes droits que l'enfant légitime. A l'égard de leur père, ils sont plus mal traités que ne le serait un étranger, car c'est à peine s'ils peuvent profiter de sa générosité ; la loi en effet n'ignore plus le lien qui les unit à leur père, mais elle n'attache à cette parenté que des déchéances. A cette situation aucun remède autre que la légitimation par oblation à la curie.

Et maintenant examinons, ainsi que nous l'avons toujours fait, dans une section première la condition de l'enfant naturel à l'égard de son père, et dans une deuxième section, cette même condition vis-à-vis de la mère naturelle.

SECTION I. — A L'ÉGARD DU PÈRE

Justinien ne revient pas sur la classification déjà légalement consacrée par le droit antérieur ; aussi dans sa législation, plus encore que dans celle que nous venons de qualifier d'intermédiaire, importe-t-il de séparer les

liberi naturales des *spurii*, car s'il améliora le sort de ceux-là, il redoubla de sévérité envers les seconds ; les *liberi naturales* sont les bâtards nés du concubinat, union tolérée au point que les sources la désignent sous le nom de *licita consuetudo*. Les autres doivent leur naissance à un *stuprum*, crime plus rare qu'aux époques précédentes, en raison des nombreuses suppressions qui furent apportées dans la liste des empêchements à mariage.

Notons enfin, mais seulement pour mémoire, les enfants *vulgo concepti* dont nous n'avons pas à nous occuper ici, puisqu'ils ne connaissent pas leur père.

Tout d'abord, occupons-nous des *liberi naturales*. Ils restent incapables, en principe, comme l'avait voulu Constantin, de rien recevoir. Mais Justinien, tout en protégeant les droits de la famille, non-seulement maintient les exceptions à cette règle que nous avons vue peu à peu s'introduire, mais encore augmente d'une façon sensible la portion du patrimoine dont le père naturel peut disposer en faveur de sa concubine et des enfants qu'ils ont eus ensemble. Nous le voyons, en effet, dès l'année 528, élever la quotité disponible allouée sur ce point de trois douzièmes à six douzièmes, lorsque le *de cuius* ne laissait ni père ni mère, ni descendants légitimes ; mais en 539, dans la nouvelle 89, il se ravise et s'empare d'une distinction que nous avons déjà présentée à propos de l'œuvre législative des empereurs Valens, Valentinien et Gratien. Si le père naturel laisse des descendants issus *est justis nuptiis*, il peut, comme autrefois, disposer d'un douzième de son

patrimoine au profit de sa concubine et des *liberi naturales* ; d'un vingt-quatrième au profit de sa concubine seule ; si au contraire le *de cujus* meurt sans laisser de postérité légitime, les bâtards et leur mère ont la même capacité qu'un étranger, ce qui revient à dire qu'ils pouvaient conserver tout ce qui leur avait été donné, quand bien même l'ensemble des libéralités absorberait la totalité du patrimoine, à moins toutefois qu'il n'y eût des ascendants, et que la quarte allouée à ceux-ci ne fût entamée (Novelle 89, ch. 12, §§ 2 et 3) (1).

Justinien ne s'en tint pas là ; il donna en effet, mais aux seuls *liberi naturales*, une vocation héréditaire qui leur avait toujours été refusée jusqu'alors dans l'hérédité *ab intestat* paternelle (l. 8, C. v. 27. Novelle 18, ch. V. Novelle 89, ch. 12).

Pourtant il ne la donne que dans l'hypothèse où le *de cujus* ne laissait après lui ni épouse, ni postérité légitimes. En ce cas, les bâtards avaient droit, quels que fussent les parents appelés à la succession, et quand même il n'y en aurait eu aucun, à deux douzièmes de l'actif net ; mais ils devaient remettre une part virile à leur mère, si elle vivait encore. En l'absence d'enfants naturels, la concubine n'avait droit à rien. Si le *de cujus* laissait une femme légitime ou des enfants issus *ex justis nuptiis*, ses

(1) Dans une précédente novelle, Justinien avait décidé qu'à défaut d'enfants légitimes, la quotité disponible ne pouvait dépasser la moitié du patrimoine (novelle 18, ch. 5).

liberi naturales ne pouvaient prétendre à aucune portion du patrimoine, seulement les héritiers devaient assurer leur subsistance (novelle 89, ch. 12, § 61). Par réciprocité, le père naturel succède à ses enfants illégitimes, qui sont en outre tenus envers lui de l'obligation alimentaire (novelle 89, ch. 13).

Nous ne trouvons pas trace, dans les sources, de réserve constituée au profit des bâtards dans l'hérédité paternelle.

Quant aux droits de l'enfant illégitime à l'égard de son grand-père, la novelle 89 ne s'en occupe pas ; mais elle vise et confirme (ch. 12, § 6) une précédente constitution de Justinien (l. 12, C. V. 5) qui statuait dans l'espèce ainsi qu'il suit : jamais le petit-enfant naturel ne succédait à son grand-père mort intestat. Peu importait donc à ce point de vue que son père fût le fils légitime ou naturel du *de cujus* ; mais, par donation entre vifs ou testamentaire, il pouvait recevoir autant qu'un enfant naturel au premier degré, si le défunt laissait une postérité légitime, sinon autant qu'un étranger. En tenant compte de la novelle 89 qui, faute de descendance légitime donne à l'enfant né hors mariage, la même capacité qu'à un étranger, on est conduit à décider que l'enfant naturel et le petit-enfant naturel ont la même capacité pour recueillir une libéralité faite par donation ou testament (1).

Demandons-nous maintenant quelle a été l'œuvre de Justinien en ce qui concerne l'amendement des personnes

(1) Accarias I, 4^e édit., n° 471 et la note.

engagées dans les liens du concubinat ? Ce prince, comprenant que l'adrogation était incompatible avec le système de répression qu'il maintient, commence par confirmer la prohibition de Justin. Mais, mieux inspiré que son père adoptif, il revient à l'idée pour la première fois consacrée par Anastase, d'une légitimation par mariage subséquent, établie d'une façon permante et ne fonctionnant plus seulement par intermittences. Pour le cas où ce moyen serait impraticable, il crée une dernière institution, celle de la légitimation par rescrit du prince. Enfin il maintient la légitimation par oblation à la curie.

Nous allons étudier ces trois institutions dans l'ordre de leur apparition : 1° la légitimation par mariage subséquent ; 2° la légitimation par oblation à la curie ; 3° la légitimation par rescrit du prince.

Légitimation par mariage subséquent. — La légitimation par mariage subséquent est soumise à une réglementation minutieuse. Justinien ne lui consacre pas moins de cinq constitutions (l. l. 10 et 11 C. V. 27. Nouvelle 12, ch. 4 nouvelle 19, nouvelle 89, ch. 8).

Pour qu'elle opère, trois conditions sont nécessaires, outre bien entendu l'union en justes noces du père et de la mère naturels : 1° aucun obstacle légal au mariage des père et mère ne devait avoir existé au jour de la conception (Inst. I. 10 § 13) ; donc, ne pouvaient être légitimés les enfants adultérins ou incestueux, ceux qui sont nés d'un juif et d'une chrétienne, et aussi ceux qui sont issus *ex contubernio*, conséquence critiquable, dans ce dernier

cas, attendu qu'ils ont père certain et que la légitimation ne rétroagit pas ; 2^o il faut qu'un *instrumentum dotale* ou *nuptiale* ait été rédigé ; probablement afin de lever toute espèce de doute au sujet de la transformation du concubinat en justes noces (ll. 10 et 11, C. V. 27) ; 3^o enfin il faut que les enfants illégitimes donnent leur consentement à l'acte, attendu que la puissance paternelle à laquelle ils vont être soumis, comporte certains inconvénients qui viennent tempérer les bienfaits que la légitimation leur procure, et qu'ils ont droit acquis à ne pas la subir. Ce consentement doit-il être exprès ou suffit-il qu'ils ne manifestent pas leur opposition ? La lettre de la nouvelle 89, ch. 11, semble exiger un consentement exprès, et pourtant l'opinion contraire, qui présente l'avantage de permettre la légitimation des enfants des fous et des absents, paraîtra certaine, si l'on songe que l'on peut légitimer des enfants qui sont simplement conçus au jour du mariage (1). Telle est la décision formelle de la loi 11 C. V. 27.

Justinien en tout ceci ne se contenta pas de renouveler des règles antérieurement admises ; et, en effet, nous constatons qu'il supprime (nouvelles 12, ch. 4 ; 18, ch. 11 ; 78, ch. 3 et 4) deux conditions qui avaient été requises par Constantin et par Zénon, savoir : l'ingénuité de la concubine et la non-existence d'enfants issus d'un précédent mariage. Il décida même qu'en se mariant avec son

Accarias I, 4^e édit. n^o 116 et la note où la question est complètement traitée.

affranchie, le patron légitimerait, et, s'il était nécessaire, rendrait libres de plein droit, les enfants qu'il aurait eus d'elle en servitude. Mais il fallait en ce cas que le père n'eût pas de postérité légitime ; c'était la seule hypothèse où la légitimation s'appliquait à des enfants issus du *contubernium*, et cette dérogation en entraînait une autre, à savoir la possibilité de légitimer par mariage subséquent des enfants conçus à une époque où un mariage avec leur mère aurait été impossible.

Ce premier mode de légitimation assimilait les enfants légitimés aux enfants légitimes ; il leur donnait tous les droits qu'ils auraient eus, s'ils étaient nés *ex justis nuptiis* (nouvelle 89, ch. 8). C'était également celui qui méritait le plus d'être encouragé. Il nous faut pourtant faire remarquer avec M. Accarias (1) que le maintien du divorce *bona gratia* put contrarier pendant longtemps le but que l'on se proposait. En effet, deux concubins n'avaient qu'à se marier et à divorcer, le lendemain par un consentement mutuel, pour légitimer leurs enfants, sans renoncer à changer de conduite ; en ce cas, la légitimation restait acquise, et les parents naturels n'avaient pas réparé leur faute. Justinien supprima ce résultat fâcheux en défendant le divorce *bona gratia*, à moins qu'il n'intervînt *propter castitatem* (nouvelle 117, ch. 10).

Légitimation par oblation à la curie. — Le moment est venu maintenant d'exposer la théorie de la légitiba-

(1) I n° 115.

tion par oblation à la curie que nous nous sommes bornés à noter lors de son apparition. Cette institution remonte à l'année 443 ; elle est donc postérieure d'un siècle à la légitimation par mariage subséquent. Mais elle reçut, dès son apparition, un caractère de fixité et de permanence qui fit pendant longtemps défaut à son aînée (l. 3, C. V. 27).

Elle ne procède d'ailleurs pas, comme la légitimation par mariage subséquent que nous venons de voir, ni comme la légitimation par rescrit du prince que nous allons étudier bientôt, d'une idée morale d'humanité envers les enfants illégitimes ; elle naquit uniquement des nécessités d'une bonne administration des finances de l'Empire. Voici dans quelles conditions : Au Bas-Empire, dans les cités, il y avait une sorte de Sénat municipal dont les membres (décurions, curions ou curiales), véritable noblesse, étaient chargés de gérer les biens de la cité, et aussi de répartir et de recouvrer l'impôt foncier et l'impôt personnel appelé capitation.

Leur situation, bien qu'elle offrit certains avantages, comme l'aptitude exclusive aux honneurs municipaux, l'exemption de la torture et de certaines peines, comportait de lourdes charges : ils devaient en effet, à leurs frais, subvenir aux spectacles et jeux publics, offrir l'*aurum coronarium* au prince, c'est-à-dire un présent à l'occasion d'un événement heureux, avancer et au besoin supporter l'impôt foncier et l'impôt personnel, enfin remettre tous les ans le quart de leur revenu à la curie qui, en outre,

recueillait le quart de leur hérédité, lorsque celle-ci ne passait pas à un décurion, et la totalité en cas de déshérence. D'autre part, ils ne pouvaient aliéner ni leurs immeubles, ni leurs esclaves, *sine decreto præsidis*, et Justinien leur interdit, si ce n'est *dotis causa* ou *propter nuptias* en faveur de leurs enfants, de faire des donations immobilières.

Aussi voyait-on peu de candidats briguer l'entrée de la curie dont pourtant l'accès était offert à toute personne justifiant d'un avoir de vingt-cinq arpents de terre; on désertait même la curie. Pour obvier à cet inconvénient on rendit la dignité héréditaire; comme cela ne suffisait pas encore, on fut même obligé de punir sévèrement les décurions qui, pour fuir le périlleux honneur qu'on leur imposait, se faisaient moines, soldats ou colons, et d'autoriser la curie à se recruter elle-même, en forçant les propriétaires de vingt-cinq arpents qu'elle choisissait, à entrer dans son sein. On chercha à faire plus encore, et de là vint l'institution de la légitimation par oblation à la curie, imaginée, nous l'avons vu, par les empereurs Théodose le Jeune et Valentinien, qui permirent au père naturel de légitimer son fils né *ex concubinato*, en l'offrant à la curie de sa patrie. Cette faculté fut subordonnée aux trois conditions suivantes : 1° le père ne devait pas avoir de postérité légitime ; 2° il devait donner au futur décurion vingt-cinq arpents de terre ; 3° ce dernier devait consentir à la légitimation. Justinien supprima la première de ces conditions. (l. 9, § 3, C. V. 27), mais il maintint les autres ; la seconde,

parce qu'il fallait avoir au moins cette fortune immobilière pour être décurion ; la dernière, parce que nul ne peut être forcé de recevoir une donation et de tomber malgré lui sous la *patria potestas* .

Pour légitimer une fille à l'aide de ce procédé, la règle resta la même qu'au début ; il suffisait de la marier avec un décurion, en lui constituant une dot de vingt-cinq arpents de terre (l. 3, C. V. 27).

Justinien compléta cette théorie. Il décida 1° que, si le père décédait sans descendants légitimes, l'enfant naturel qui voulait se légitimer, pouvait s'offrir lui-même à la curie ; 2° que, si le père était à la fois décurion et dépourvu de postérité légitime, il pouvait légitimer par oblation à la curie même ses enfants issus d'une *ancilla* (nouvelle 89, ch. 2).

Ce mode de légitimation donnait lieu à bien des critiques. Nous les avons exposées, lorsque nous avons signalé son apparition, et nous n'y reviendrons pas. Toutefois remarquons que ces critiques sont atténuées par cette considération, à savoir que cette institution était loin de produire des effets aussi pleins que la légitimation par mariage subséquent. En effet, l'enfant légitimé par oblation à la curie, reste en dehors de la famille de son père qui ne lui communique pas ses liens d'agnation. Sa condition ne subit que les deux modifications suivantes : d'abord, il est soumis à la *patria potestas* (Inst. T. X § 13), et ensuite il hérite de son père (l. 3, C. V. 27, nouvelle 89, ch. 2 à 5). Mais son droit de succession est beaucoup plus restreint

que celui d'un enfant légitime, car si le père décède en laissant une postérité pouvant se réclamer des justes noces, l'enfant légitime ne peut recevoir par testament ou recueillir *ab intestat* une part de patrimoine supérieure à celle de l'enfant légitime le moins prenant; autrement dit, son père ne peut le traiter mieux que celui de ses enfants légitimes qu'il traite le plus mal (l. 9, § 3, C. V. 27; nouvelle 89, ch. 3). En l'absence de postérité légitime, son père pouvait lui donner la totalité de son patrimoine, et même la loi lui reconnaissait une réserve des trois quarts. Si son père décédait *intestat*, il avait vocation pour l'hérédité tout entière, même au cas où il s'offrait lui-même à la curie (nouvelle 89, ch. 6).

Légitimation par rescrit du prince. — La légitimation par rescrit du prince fut imaginée de toutes pièces par Justinien qui, le premier, comprit à quel besoin impérieux elle répondait, et cette institution dont la paternité lui revient incontestablement, ne mérite selon nous, que des éloges, à tel point que nous regrettons vivement de ne pas la voir figurer dans notre législation.

Pour comprendre dans quelles hypothèses elle est appelée à fonctionner, supposons que la légitimation par mariage subséquent soit impossible; les cas sont nombreux : la concubine est morte, ou absente, ou bien son indignité met un obstacle insurmontable aux *justæ nuptiæ*, ou bien encore elle est entrée dans un monastère. Avant Justin, les enfants pouvaient espérer leur élévation au rang de légitimes, bien que l'adrogation des *liberi natu-*

rales fût, de par le droit commun, un moyen de légitimation souvent impraticable ; mais, après cet empereur, tout espoir de légitimation s'évanouissait pour eux (L. 7. C. v. 27). Ce fut cette situation pénible que Justinien voulut supprimer. Il décida que dorénavant, par rescrit, l'empereur pourrait élever au rang d'enfant légitime, les *liberi naturales*, et il convia le père naturel à s'adresser à lui, lorsqu'il se trouvait dans un des cas du genre de ceux que nous avons énumérés ; à deux conditions, toutefois. La première, qui est certaine, c'est qu'il n'y eût pas de postérité légitime ; la seconde, qui est commandée par les principes, consiste à obtenir l'adhésion des enfants à légitimer. En outre, Justinien décida que si le père en exprimait expressément le vœu dans son testament, les enfants pouvaient demander eux-mêmes à l'Empereur le rescrit qui pouvait les légitimer (nouvelle 74, ch. 1 et 2).

Reste une dernière question à résoudre pour terminer sur ce point. Un empêchement à mariage existant au jour de la conception de l'enfant, mettait-il obstacle à la légitimation par rescrit du prince ? L'affirmative nous paraît certaine, pour ce motif que le mode de légitimation qui nous occupe ne s'applique qu'aux enfants issus du concubinat, et que l'espèce que l'on nous propose, constitue un *stuprum* ; aussi expliquerons-nous la nouvelle 74, ch. 1, qui admet cette légitimation dans un cas où une prohibition légale à mariage existe à l'égard de la femme, en disant que ce texte prévoit l'hypothèse où la prohibition à mariage n'est survenue que postérieurement à la

conception ; ce qui a lieu lorsque la femme, depuis cette conception, est devenue esclave, est entrée dans les ordres, ou de chrétienne s'est faite juive.

Tout ce que nous venons de dire montre, et nous résumerons ainsi nos explications, que si Justinien n'a pas voulu revenir sur la suppression de l'adrogation des bâtards, la nouvelle légitimation qu'il leur offre à la place, présente avec elle de nombreux points de ressemblance ; comme l'adrogation, en effet, elle constitue une faveur ; comme l'adrogation, elle se fait *auctoritate principis* ; elle exige le consentement des intéressés et la non existence de descendance légitime. Pourtant il y a certaines différences, et c'est ainsi que nous ne voyons pas dans les textes, qu'une condition quelconque d'âge ait été requise dans la légitimation par rescrit du prince.

La condition des enfants nés hors mariage était en somme supportable dans la législation de Justinien. Il s'en faut pourtant qu'elle fût la même pour tous, car les innovations de ce prince ne s'appliquaient pas aux bâtards nés *ex nefariis, vel incestis, vel damnatis complexibus*. Pour ceux-ci, toutes les rigueurs sont maintenues, non-seulement elles sont maintenues, mais de nouvelles mesures sont prises, nous ne dirons pas contre eux, car, depuis Arcadius, on ne peut plus leur enlever de droits, puisqu'ils n'en ont aucun, mais contre leurs parents.

Dès l'année 530, en effet, Justinien manifeste ses intentions, dans une constitution (l. 44, C. I, 3) qui interdit le mariage des prêtres, diacres et sous-diacres, il défend

à ceux qui contreviendraient à ses ordres, et donneraient naissance à des enfants naturels, de faire passer à ces enfants, à quelque titre que ce soit, la moindre parcelle de leur patrimoine ; c'était l'application à un cas nouveau de l'incapacité générale qui frappait les *spurii* depuis Constantin. Mais, dans la Novelle 121, consacrée aux mariages incestueux et illicites, il innove en prononçant la peine de la confiscation générale, au profit des enfants légitimes, et, à leur défaut, du fisc contre celui qui aurait violé la loi. Si la mère avait été complice du crime, c'est-à-dire si elle connaissait le vice de l'union qu'elle avait formée au mépris des lois (*si quum legem sciens eam neglexerit*) ; la même pénalité l'atteignait. Enfin, dans la Novelle 89 (ch. 15), nous trouvons une disposition générale. Justinien y déclare les enfants nés du *stuprum* indignes de porter le nom de *liberi naturales*, et il leur refuse tous les droits qu'il a accordés aux enfants issus du concubinat ; pour eux, la situation ne changera pas, et la condition misérable que Constantin avait faite à tous les bâtards, condition que ses successeurs n'avaient pas modifiée en leur faveur, est maintenue dans toute sa rigueur. Tout espoir de légitimation leur est refusé ; ils ne peuvent prétendre à la moindre part de l'hérédité paternelle, aucune créance alimentaire ne leur est reconnue ; enfin, ils sont absolument incapables de recueillir la plus légère libéralité émanant de leur père.

SECTION II. — VIS-A-VIS DE LA MÈRE

Conformément à la méthode que nous avons adoptée jusqu'ici, nous nous occuperons d'abord des enfants issus *ex concubinato*.

Sous Justinien, comme sous ses prédécesseurs, comme à l'époque classique, les *liberi naturales*, en prenant cette qualification dans le sens étroit que la terminologie du Bas-Empire lui assigne, suivent la condition de leur mère, d'où les mêmes conséquences que nous avons précédemment déduites en ce qui concerne les questions de liberté, d'esclavage, de nationalité originaire sur lesquelles nous ne reviendrons pas. D'où encore ce résultat que l'enfant est dès sa naissance *sui juris*, et qu'il y a lieu de pourvoir à sa protection, en lui nommant d'abord un tuteur, ensuite un curateur. Nous nous bornerons à noter simplement une innovation importante introduite par Justinien. Si le père naturel mourait en laissant à ses enfants mineurs tout ou partie de son patrimoine, et sans leur désigner de tuteur, la mère et la grand'mère sont appelées de plein droit à la tutelle *secundum hereditatis ordinem* moyennant leur engagement préalable de ne pas se remarier et de renoncer au sénatusconsulte Velléen. Nous trouvons donc ici une vocation à une sorte de tutelle légitime (Novelle 118, ch. 15). Antérieurement déjà, une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, de l'an 390, avait décidé que la mère restée veuve pouvait, sur sa demande, être chargée de la tutelle

de ses enfants, pourvu qu'elle eût pris l'engagement de ne pas se remarier (l. 2, C. v. 35).

Si maintenant nous nous demandons quels étaient les avantages pécuniaires que l'enfant né hors mariage pouvait retirer de sa filiation maternelle, nous constatons que d'abord l'ancienne règle de l'égalité des enfants légitimes et illégitimes est encore admise, et que, d'un autre côté, les idées nouvelles sur la famille, introduites par le Préteur, consacrées à sa suite par le *jus civile*, vont faire aux enfants une situation très-favorable. En effet, sous Justilien, la parenté naturelle fondée sur la communauté du sang prend définitivement le pas sur l'ancien système de la parenté agnatique, d'où cette conséquence que les descendants sont préférés à tous autres successibles ; en outre, à l'égard de leur mère, on fait abstraction de leur origine, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas criminelle.

La capacité de l'enfant naturel est la même que celle de l'enfant issu *ex justis nuptiis* pour recueillir toute libéralité que sa mère ou ses parents maternels voudraient lui faire, par acte entre-vifs ou à cause de mort. Elle est donc pleine et entière, et ceci limite notre exposé de sa condition, au point de vue de ses droits dans la famille maternelle, au seul examen de sa vocation héréditaire *ab intestat* dans la succession de sa mère et des parents de celle-ci.

I. En ligne directe. — Dans l'hérédité laissée par sa mère, l'enfant illégitime concourt avec les enfants issus *ex justis nuptiis*, et prime l'ordre des ascendants (Inst.

IV. 3, § 3, 2^e ph). Dans l'hérédité de ses grands parents maternels, à laquelle il vient par représentation de sa mère, lorsque celle-ci est précédée, le droit nouveau lui donne encore la préférence sur l'ordre des ascendants ; avant Justinien, s'il s'agissait d'un aïeul mâle, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius avaient décidé (l. 4, § 2, C. Th. V. 1) qu'en présence d'enfants au premier degré, il ne pouvait recueillir, comme petit-enfant de fille prédécédée, que les deux tiers de la part à laquelle sa mère aurait pu prétendre ; et, en l'absence d'enfants au premier degré du *de cuius*, que les trois quarts. Et la constitution ajoute : *hæc eadem: quæ de avi materni bonis constitutus de avicæ maternæ (sive etiam paternæ) simili œquitate sancimus*. Justinien a successivement repris les deux hypothèses ; celle où les petits-enfants sont en concours avec des enfants, et celle où ils sont en concours avec des agnats. S'occupant d'abord de celle-ci, il supprima la réduction du quart que subissaient les petits-enfants : « *Quotiens aliquis vel aliqua, intestatus vel intestata, mortuus vel mortua fuerit, nepotibus vel pronepotibus cujuscumque sexus vel deinceps aliis descendantibus derelictis, quibus unde liberi bonorum possessio minime competit, et insuper ex latere quibuscumque agnatis, minime possunt iidem agnati quartam partem hereditatis mortuæ personæ sibi vindicare sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur....* (l. 12, C. VI. 55).

C'est seulement en 537, dans la Novelle 18, chapitre IV, que, s'occupant des petits-enfants qui viennent en concours

avec des enfants, il veut que ces petits-enfants aient tout ce qu'aurait eu leur mère, sans déduction du tiers.

Ajoutons que, tandis que la constitution de l'an 389 appelait seulement les petits-enfants *ex filia*, Justinien consacra formellement le droit de tous les descendants par les femmes, quel que fût leur degré (l. 12, C. VI, 55).

II. *En ligne collatérale.* — Les enfants illégitimes viennent en concours avec leurs frères légitimes, dans l'hérédité *ab intestat* de leur frère naturel ; s'il s'agit d'un frère légitime, ils sont exclus par les frères germains du *de cujus* et leurs descendants (Novelles 118 et 127), en vertu du privilège du double lien. Mais, cette exception une fois faite, il n'existe aucune différence au point de vue successoral, basée sur la légitimité, dans la vocation héréditaire *ab intestat* entre collatéraux maternels.

La condition des enfants qui devaient leur naissance à un *stuprum*, c'est-à-dire à une union criminelle, continue à être telle que l'avaient voulue les Empereurs Arcadius et Honorius (l. 6, C. v. 5). Nous savons qu'ils étaient incapables de recevoir même de leur mère, une libéralité quelconque par testament ou donation entre-vifs. Nous retrouvons donc encore à la période où nous sommes, la seule différence que l'on peut noter à Rome entre la maternité légitime et la maternité naturelle, et encore n'est-ce pas à vrai dire une différence, puisque le principe reste toujours le même : l'égalité des enfants issus *ex justis nuptiis* et les enfants nés hors mariage. Il n'y a d'inégalité qu'entre ces derniers. Mais elle est nettement

accusée, puisque nous voyons Justinien, dans la Novelle 89, ch. 15 (*adde* l. 45, C. I, 3), refuser aux enfants dont la naissance est le résultat d'un crime, même vis-à-vis de leur mère, le droit pourtant si modique d'exiger des aliments, droit qu'il n'admettait d'ailleurs pas non plus à l'encontre du père naturel.

Reste, pour terminer, un dernier point. Dans une constitution de l'année 529, il est dit (l. 5, C. VI, 27), que les *spurii* issus d'une mère portant le titre d'*illustris* qui laisserait aussi des enfants légitimes, ne pouvaient rien recueillir de l'hérédité maternelle.

Que signifie ici le qualificatif de *spurius* ?

Nous avons signalé déjà le défaut de précision de la terminologie romaine sur ce point ; il s'agit dans l'espèce, de savoir quel est le sens de cette expression. Observons tout d'abord que le mot doit être pris ici dans une acception spéciale, sans cela la constitution précitée n'aurait été qu'un simple rappel, fort inutile on en conviendra, du droit commun.

Ceci posé, la qualification de *spurius* comprend-elle, comme le veut une première opinion, tous les enfants illégitimes de la femme *illustris*, aussi bien ceux qu'elle aurait eus en concubinat, que les enfants qu'elle aurait mis au monde à la suite de relations éphémères, ou ceux qui seraient le fruit d'un crime ? De telle sorte que toute union, même le concubinat, autre que les *justæ nuptiæ*, constituerait, lorsqu'il s'agit d'elle seule, en raison du rang

héritiers légitimes qui a fait limiter la part de l'enfant naturel, c'est la défaveur personnelle de cet enfant ; il est vrai que son incapacité est fondée sur des considérations relatives à l'honneur du mariage et aux liens de la parenté légitime ; mais finalement, c'est une incapacité que la loi prononce. » (Successions I. N° 689).

Maintenant, les auteurs qui adoptent la même opinion que nous, ajoutent cette raison à celles que nous venons de donner, que la loi envisage uniquement le rapport de filiation naturelle qui unit le donateur au donataire, nullement l'intérêt des parents légitimes, que si l'enfant naturel ne peut recueillir la portion de biens à laquelle il aurait droit, s'il était légitime, c'est pour honorer le mariage, pour réprouver les unions illicites, que le motif qui a inspiré le législateur dans l'art. 908 est un motif d'état, qu'enfin l'on s'explique l'absence de toute prohibition à l'égard de l'enfant né hors mariage lorsqu'il n'y a plus d'héritiers légitimes, parce que dans ce cas on n'a plus à craindre de voir le scandale occasionné par l'exclusion de ces derniers au profit du fruit d'une faute, et parce que l'intérêt du mariage est hors de cause. Ils concluent de tout ceci que, dans les hypothèses où elle s'applique, c'est la qualité de l'enfant naturel qui est cause de la disposition de l'art. 908, de même que c'est cette qualité qui motive la levée de toute prohibition ; qu'il y a donc lieu de déduire de tout ce qui précède, que l'on se trouve ici en présence d'une incapacité personnelle et non d'une loi

réelle qui n'a en vue que les biens (Aubry et Rau, § 650 bis. p. 54. note 23. — Laurent I n° 111 et XI, n° 361).

Pour notre part, nous croyons, nous l'avons déjà dit, qu'ils ont raison en tant qu'ils affirment que l'art. 908 édicte une incapacité ; seulement, nous ne pouvons adhérer aux derniers arguments qu'ils proposent ; nous avons en effet essayé de prouver qu'à notre avis le législateur, en restreignant la capacité des enfants naturels, n'a en vue que l'intérêt de la famille ; il la protège, nous venons de le voir, non au moyen d'une réserve qu'il jugeait être une mesure excessive dans l'espèce ; mais en édictant une simple incapacité ; seulement cette incapacité tient de la réserve ; nous renversons, on le voit, les termes de la formule de M. Demolombe ; nous ne disons pas comme lui qu'il s'agit d'une réserve particulière tenant de l'incapacité ; nous soutenons qu'il s'agit d'une incapacité particulière tenant de la réserve par certains côtés. Nous ne reviendrons pas sur ce point déjà traité ; seulement nous ferons observer qu'ainsi se justifient toutes les ressemblances que la doctrine de l'indisponibilité constatait entre la théorie de l'art. 908 et celle des art. 913 et suivants.

A la question précédente se rattache le point de savoir si l'art. 908 s'applique aux libéralités faites à l'enfant naturel avant la reconnaissance ? Un arrêt récent a admis l'affirmative, et nous déclarons nous y rallier (Dijon, 18 déc. 1891, D. 92, 2, 218). Cette solution est évidente si l'on admet que l'art. 908 édicte une règle d'indisponibilité,

car c'est au jour du décès qu'il faut se placer pour apprécier ce qui était ou non disponible. Il y a doute au contraire dans notre opinion, qui voit dans l'art. 908, au moins dans une certaine mesure, une règle d'incapacité. Nous remarquerons que la cause génératrice de l'incapacité réside dans le rapport de filiation ; la reconnaissance ne le crée pas ; elle ne fait que le constater. C'est pourquoi il convient de faire rétroagir ici la reconnaissance.

L'art. 908 est-il sanctionné par la nullité, ou par la réduction ? A quelle époque peut-on s'en prévaloir ? Il n'y a aucun doute sur ce sujet : toute libéralité dépassant la quotité spéciale des art. 757 et suiv. est réductible, et cette réduction ne peut être demandée qu'à la mort du disposant.

Sur le premier point, le texte est formel : « Les enfants naturels ne pourront rien recevoir *au-delà*..... » ; et il consacre non moins formellement notre deuxième proposition, car, en décidant que ces enfants ne peuvent recevoir plus que ce qui leur est accordé dans la succession de leurs auteurs, il décide par cela même que leur part héréditaire est la mesure et le terme de leur capacité d'acquérir ; or, cette part, on ne peut bien évidemment la connaître que lorsqu'il y a une hérédité, que lorsqu'il y a une succession, c'est-à-dire au décès des père et mère ; d'autant plus que la quotité qui leur est allouée dépend du nombre et de la qualité des héritiers légitimes en la présence desquels ils se trouvent. Il en résulte ces deux conséquences :

1° Que jamais le disposant ne pourra agir lui-même en réduction ; ce droit n'appartient qu'à ses successeurs universels (Demolombe, Succession In° 684 ; Laurent XI n° 423).

2° Que l'art. 908 est inapplicable à l'enfant qui, naturel lors de la libéralité, a été légitimé par la suite ; car au décès il est pleinement capable et c'est uniquement à ce moment qu'il faut se placer.

Mais il faut se garder de tirer de la règle, des conséquences autres que celles qu'elle comporte ; et c'est ainsi qu'il serait inexact de soutenir que le donataire ou ses enfants légitimes doivent être vivants à l'époque du décès du disposant pour que la libéralité dont ils ont bénéficié soit maintenue. Aucun texte ne prononce la caducité d'une donation faite à l'enfant naturel pour cause de survivance du donateur au donataire et à sa prostérité ; d'ailleurs ce texte, s'il existait, contredirait l'ensemble du système du Code, en faisant une incapacité totale de ce qui n'est qu'une incapacité partielle, en annulant ce qui n'est que réductible ; la libéralité est donc irrévocablement acquise alors même que ceux qui l'auraient reçue ne viendraient pas à la succession de leur auteur ; comme toutes les libéralités, la donation qui nous occupe soumet celui qui la reçoit à cette alternative : ou de la rapporter s'il accepte, ou de la garder s'il renonce ; il en est de même lorsque, comme dans l'espèce, le donataire, sans renoncer, ne recueille pas une part de succession *ab intestat*.

Seulement, si les libéralités faites à l'enfant naturel excédaient la quotité permise, leur réduction pourrait être

exigée (Demolombe, Successions I N° 558. Demante IV N° 28 bis, Laurent XI N° 363).

Nous connaissons déjà sommairement quels sont les effets de l'art. 908 ; nous savons qu'il ne s'applique qu'au moment du décès de l'auteur naturel, et aussi qu'il ouvre la voie à une action en réduction, nullement à une action en nullité. Nous devons maintenant examiner quelques points qui présentent certaines difficultés,

Les art. 757 et suiv. accordent aux enfants naturels un certain droit héréditaire dans la succession de leurs père et mère, et nous avons vu que l'art. 908 décide que la portion du patrimoine qu'ils ont droit de prendre, ne peut être augmentée par la volonté de l'homme ; mais comment exactement doit être calculé le maximum de ce qu'ils peuvent acquérir à titre gratuit ?

En premier lieu, les auteurs immédiats de l'enfant naturel peuvent-ils décider que les biens qu'ils lui donnent ou lui lèguent, seront fictivement réunis aux biens qu'ils laissent à leur décès, de façon à ce que la part de leur enfant soit calculée sur l'hérédité ainsi formée, et non pas seulement sur les biens existants ?

On soutient encore aujourd'hui la négative (Laurent XI n° 362 ; Orléans 7 janvier 1860, S. 60. 2. 225), toujours pour ce motif que la part de l'enfant naturel doit se calculer sur le patrimoine de son père ou de sa mère tel qu'il se comporte au jour du décès (art. 757). Or les biens qui ont été donnés ne font plus partie de ce patrimoine ; ils sont en dehors de la succession *ab intestat*.

L'enfant naturel ne pourrait demander à ce que l'hérédité fût composée de cette façon que si sa réserve était entamée ; il invoquerait alors l'art. 920 ; mais si sa réserve est intacte, il ne peut faire rentrer fictivement dans la succession les biens à lui légués ou donnés.

Nous croyons cette opinion mal fondée, et nous estimons que la volonté des père et mère dont il s'agit, ne fait que consacrer le droit commun, car l'enfant naturel a le droit, lorsqu'il y a lieu de calculer le montant de sa part héréditaire, d'exiger que l'on tienne compte non seulement des biens existants, mais aussi de ceux que son auteur décédé a donnés tant à lui-même, ce qui est notre hypothèse, qu'aux héritiers qui concourent avec lui. Il y a intérêt ; supposons en effet que le *de cujus* laisse deux enfants légitimes et un enfant naturel, qu'à l'un de ses enfants légitimes il ait donné 20.000 fr., à l'enfant naturel 5000 fr., qu'enfin les biens existants aient une valeur de 65000 fr. En ajoutant à ces 65000 fr. le montant des deux donations, la masse héréditaire montera à 90.000 fr. ; sur cette masse il reviendra à l'enfant naturel le neuvième, soit 10.000 fr., sur lesquels il réclamera 5000 fr. attendu qu'il doit imputer les 5000 fr. déjà reçus. Dans l'opinion contraire, sa part héréditaire n'étant que 7.222 fr. sur lesquels il devrait toujours imputer 5000 fr., sa part serait beaucoup moins forte, comme il est facile de s'en rendre compte. Et d'autre part il a, suivant nous, le droit d'exiger celui de ces deux modes de calcul qui lui est le plus avantageux, car le principe certain de l'art. 757, qui doit l'em-

porter sur les termes un peu vagues de ce texte, c'est que la part de l'enfant naturel simple se détermine en partant de cette supposition qu'il est légitime ; or si nous supposons que l'enfant naturel est légitime, il a le droit de demander le rapport de ce que ses cohéritiers ont reçu, comme ceux-ci peuvent lui demander le rapport (ou mieux l'imputation) de ce qu'il a reçu (arg. art. 857).

Que faut-il décider dans l'hypothèse suivante : une personne meurt en laissant un enfant naturel et un frère ; dans son testament, elle déclare léguer la moitié de ses biens à un étranger ; et, ce faisant, vouloir ne disposer ainsi que de la part du frère ; autrement dit, elle entend laisser intacte la moitié qui forme la part héréditaire *ab intestat* de l'enfant. Doit-on respecter sa volonté ? Ici encore on a dit non ; l'ordre public s'oppose à l'exécution du testament, et d'ailleurs la loi est formelle ; en effet, jamais l'enfant naturel ne doit recevoir plus que la portion que les art. 757 et suiv. lui accordent ; or ici la quotité permise est dépassée, car pour connaître la part qui lui revient, il faut uniquement tenir compte des biens existants, c'est-à-dire qu'il faut la calculer sur le patrimoine tel qu'il se comporte, lorsqu'on le diminue du legs laissé à l'étranger ; la moitié qui reste forme seule la succession *ab intestat*, seule base de l'art. 757, attendu que toutes les dettes, charges, legs, par conséquent le legs de la moitié qui nous occupe, pèsent sur l'universalité, et diminuent d'autant la part de chacun des successibles ; ainsi donc la déclaration faite par le *de cujus* que la moitié qu'il laisse

à son enfant naturel, à titre de part héréditaire, ne souffrira pas du legs, constitue elle-même un legs comprenant la moitié de la part héréditaire qui revenait au frère. On conclut que cette déclaration viole l'art. 757, et par conséquent que l'art. 908 est applicable : l'enfant naturel aura donc un quart du patrimoine, l'autre quart sera attribué au frère du *de cuius*, le legs de l'étranger sera exécuté (S. 59, I, 881. Demolombe, Successions I n° 881).

Encore ici, nous soutenons l'affirmative ; la volonté du testateur sera respectée. Nos adversaires en effet fondent leur opinion sur cet argument que l'art. 757 est violé dans l'espèce ; or, il n'en est rien. Dans l'hypothèse qui nous occupe, l'enfant naturel ne reçoit rien de plus que ne le permet la loi ; en présence de frères et de sœurs, il a droit à la moitié de la succession : nous ne lui donnons pas ici davantage. Il est vrai que la succession *ab intestat* ne comprend que les biens dont le *de cuius* n'a pas disposé ; par conséquent, qu'il faut exclure de la masse partageable le montant du legs fait à l'étranger. Mais qu'importe ? car si tout conduit à croire que le législateur, en fixant un disponible spécial que le *de cuius* ne peut dépasser, avait en vue l'intérêt de la famille légitime, en définitive nulle part il ne décide que les héritiers légitimes ne pourront être privés de la portion de patrimoine dont le père naturel ne peut disposer en faveur de ses enfants nés hors mariage ; en d'autres termes, nous ne voyons aucun texte qui consacre la sorte de réserve que l'on nous propose de constituer au profit des héritiers légitimes. Supposons

d'ailleurs que le *de cujus*, pour un motif ou un autre, ait voulu que sa succession *ab intestat* ne s'ouvrit pas ; supposons qu'il ait réglé entièrement par testament la transmission de la totalité de son patrimoine et choisi ses successeurs : comment calculera-t-on la part que l'art. 908 lui permet de laisser à son enfant naturel, dans l'espèce qui nous occupe ? Dira-t-on encore que le legs de la moitié qu'il aurait laissé à cet enfant naturel, sera réduit de moitié en faveur du frère ? Si l'on répond négativement, comme cela nous paraît certain, on est irrésistiblement conduit à décider que la volonté du *de cujus*, exprimée comme nous l'avons dit, doit être respectée, car la déclaration en question équivaut au legs fait à l'enfant naturel de sa part *ab intestat*. Enfin, pratiquement, la solution contraire aboutirait à ce résultat fâcheux, qui, à lui seul, suffirait à la faire rejeter, que les père et mère naturels qui voudraient écarter absolument des collatéraux qu'ils détestent, ne pourraient le faire qu'en réduisant l'enfant naturel à sa réserve.

La jurisprudence est fixée en ce sens. Dans une espèce fort intéressante en effet, il a été jugé que le *de cujus*, qui ne laissait pas d'héritiers réservataires, pouvait valablement léguer à son enfant naturel reconnu, les trois quarts de ses biens, et disposer de l'autre quart en faveur d'un étranger, sans que les collatéraux puissent se prévaloir de cette dernière disposition pour demander la réduction (Paris 11 février 1836. S. 36. 2. 408 ; et, sur pourvoi, cass. 14 mars 1837. S. 37. 1. 314. D. 37. 1. 277).

Telles sont les dispositions que le père naturel peut prendre pour atteindre le maximum de ce que la loi lui permet de laisser à son enfant illégitime. Il lui est interdit de dépasser le disponible spécial de l'art. 908, notamment à l'aide de dons manuels : une pratique de ce genre constituerait une fraude, et ouvrirait la voie de l'action en réduction ; cette fraude pourrait être établie de toute manière par témoins et même par présomptions ; tel est en effet le droit commun (Cass. 18 mars 1872, S. 72, 1, 336, D. P. 72, 1, 309.)

Si l'enfant naturel a été institué légataire de plusieurs corps certains, et que l'art. 908 soit applicable, il faut lui reconnaître le droit de choisir parmi les objets à lui légués ceux qu'il désire retenir de préférence ; les personnes qui ont droit à l'action en réduction ne pourraient exiger la licitation des biens héréditaires de façon à ne lui donner que sa part dans le prix de vente (Paris 6 août 1872, S. 72, 2, 311. D. P. 74, 2, 95).

Pour en terminer avec les effets de l'art. 908, il nous reste à examiner la combinaison de ce texte avec l'art. 337. L'hypothèse est simple, nous la connaissons déjà ; l'auteur d'un enfant naturel l'a reconnu au cours d'un mariage qu'il a contracté avec une personne étrangère à l'enfant ; nous le savons, la reconnaissance ne pourra nuire pécuniairement ni aux conjoints ni aux enfants issus du mariage ; mais prévoyant que l'application de l'art 337 privera son enfant de tout droit dans sa succession, ce père ou cette mère lui fait une donation ou un

legs important. Cette libéralité doit-elle être exécutée au préjudice des enfants issus du mariage et du conjoint, bien entendu dans les limites du disponible spécial ordinaire ? Nous le croyons ; mais avant de produire nos arguments, voyons ceux de nos adversaires.

En général on distingue entre les enfants légitimes et le conjoint.

Si l'enfant naturel se trouve en présence des enfants issus du mariage, il ne peut conserver le bénéfice du don ou du legs qui lui a été fait ; on aurait tort, en effet, dit-on, d'affirmer ici que du moment où la réserve des enfants légitimes n'est pas entamée, ce don ou ce legs ne leur nuit pas, attendu qu'il est pris sur la quotité disponible générale, et que dès lors le *de cuius* aurait pu disposer en faveur d'un étranger, car ces enfants sont appelés à la totalité de la succession ; la présence de l'enfant naturel leur nuit donc contrairement à l'art. 337, toutes les fois qu'il prend quelque chose sur ce disponible. D'autre part, un étranger est moins à craindre (Laurent XI n° 364. Aubry et Rau VI § 568 quater, p. 184 texte et note 9.)

Plaçons maintenant l'enfant naturel en présence du conjoint. Ce dernier est appelé par la loi à l'hérédité *ab intestat*, ou bien il est institué légataire universel. Maintiendra-t-on la donation ou le legs de l'enfant naturel reconnu dans les conditions de l'art. 337 ? Ici bon nombre des auteurs qui adoptaient la négative dans l'hypothèse précédente, adoptent une solution opposée (Demolombe, Paternité n° 376 ; Laurent XI n° 364.) Nous ne développerons

pas leurs arguments, car ce sont ceux que nous comptons proposer dans le même sens, mais en les étendant au cas où l'enfant naturel se trouve en présence des enfants issus du mariage. Quant aux partisans de la négative, voici comment ils raisonnent : si on exécute la donation ou le legs dont l'enfant naturel a été gratifié, on donne au disposant un moyen bien simple de tourner l'art. 337, qui alors deviendrait lettre morte ; et de cette façon, voilà un enfant naturel auquel la loi refuse tout droit, qui peut nuire aux enfants légitimes ou au conjoint qui prendra autant et même plus qu'un enfant non reconnu au cours du mariage, car celui-ci étant certainement soumis à l'art. 908, n'a droit qu'à la quotité fixée par l'art. 757, tandis que le premier, comme un étranger, pourrait recevoir tout le disponible. On s'empare ici du passage suivant de Bigot Préameneu, que l'on emprunte à l'exposé des motifs du titre de la Paternité et de la filiation : « Il ne peut dépendre de l'un des époux de changer, après son mariage, le sort de la famille légitime en appelant les enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens ; ce serait violer la loi sous laquelle le mariage a été contracté. Si l'ordre public ne permet pas que les époux reconnaissent après leur mariage leurs propres enfants qu'ils voudraient légitimer, à plus forte raison les enfants qui sont étrangers à l'un d'eux ne peuvent-ils acquérir depuis le mariage des droits contraires à ceux de l'enfant légitime ». Donc l'intention du législateur est certaine ; et d'autre part l'art. 337 est formel : il décide que l'enfant naturel reconnu

dans les circonstances qu'il détermine, ne peut nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage ; personne ne conteste que cet enfant naturel n'a aucun droit dans la succession de son auteur dans ses rapports avec le conjoint ou les enfants légitimes ; or, l'art. 908 le déclare incapable de recevoir au-delà de ce qui lui est alloué au titre des successions ; donc il ne peut recevoir aucune libéralité lorsqu'il se trouve en présence des enfants nés du mariage ou du conjoint, puisqu'à leur égard il n'a aucun droit de succession.

Il est vrai que l'art. 908 ne dit pas que l'enfant naturel ne peut rien recevoir au-delà de ce qui lui est accordé à *titre* de succession, mais bien *au titre* des successions, et que par suite ce texte ne vise pas expressément l'art. 337 qui figure au titre de la « paternité et de la filiation » ; mais il n'en résulte pas que ce dernier article doive être laissé de côté pour l'application de l'art. 908 ; en effet, la loi des successions doit être interprétée en la combinant avec l'art. 337 qui formule une véritable règle du droit successoral, ainsi que le prouve l'art. 338 qui, pour compléter le précédent, renvoie au titre des successions, montrant ainsi la pensée du législateur ; c'est son objet et non son numérotage qui classe un texte ; or en renvoyant au titre des successions, l'art 908 a entendu plutôt renvoyer au système des successions, qu'aux seuls art. 756 et suivants ; donc en se référant à ces derniers, il se réfère virtuellement à l'art. 337 qui par avance, pour le cas qu'il prévoit, modifiait les règles concernant les droits successifs des

enfants naturels. De plus, ajoute-t-on, il serait inexact de dire que si les art. 337 et 338 refusent à l'enfant naturel qui nous occupe, les droits de succession ordinaires, il n'interdit pas les libéralités faites expressément dans les limites de la quotité disponible, il ne défend pas de l'assimiler à un étranger, car on oublie que le législateur veut protéger la famille. Enfin ce serait également à tort que l'on objecterait que l'art. 337 ne protège que l'époux en cette qualité, et non pas l'époux donataire ou légataire ; qu'il ne garantit que les droits concédés à l'époux par la loi, ou qui résultent de ses conventions matrimoniales, nullement les avantages que l'auteur de la reconnaissance lui aurait assurés durant le mariage par donation entre-vifs ou testament, que les motifs ne sont plus alors les mêmes, car le mariage n'a pas été contracté sur la foi de ces avantages, puisqu'ils n'ont été faits qu'après sa célébration, et que d'ailleurs ils sont révocables ; en effet, disent nos adversaires, on méconnaît la portée de l'art. 337 si clair et si général, qui se préoccupe uniquement de savoir si la présence de l'enfant naturel nuit au conjoint, ce qui est le cas, dans l'espèce ; au surplus, comme un legs, comme une donation, la vocation héréditaire *ab intestat*, n'est qu'un droit éventuel.

La négative dans la question que nous avons posée au début, doit donc être admise dans tous les cas, qu'il s'agisse des enfants légitimes ou du conjoint, sans tempérament. L'art. 337, combiné avec l'art. 908, protège tous les droits du conjoint, qu'il les tienne de la loi ou de la

volonté du *de cujus*, qu'ils soient ou non révocables, antérieurs ou postérieurs à la reconnaissance (Aubry et Rau VI § 568 quater, p. 184 texte et note 9. Beudant, note sous l'arrêt de Cass. 28 mai 1878. D. P. 78, 1. 401, Labbé, note S. 70, 1, 337. Poitiers 5 mai 1858. S. 58, 2, 420. D. P. 59, 2, 122.)

Cette doctrine nous paraît inadmissible et nous adoptons l'opinion diamétralement opposée, non seulement lorsque l'enfant naturel se trouve en présence du conjoint seul, mais encore lorsqu'il y a des enfants issus du mariage. Comme le fait très-justement remarquer M. Baudry Lacaninerie (I, n° 913), l'art. 908 suppose, en admettant même que l'art. 337 contienne une règle de droit successoral, qu'il est accordé quelque chose à l'enfant naturel, et qu'on peut lui faire une donation ou un legs dans cette mesure ; l'appliquer dans notre espèce où l'enfant naturel n'a aucun droit héréditaire, c'est l'étendre en dehors de ses termes, ce qui est impossible, attendu que ce texte formulant une disposition très-rigoureuse, doit être interprété restrictivement, comme un texte pénal. Ici nous demandons au savant professeur la permission de transcrire fidèlement son argumentation que nous craindrions d'affaiblir, si nous en changions les termes : « Enfin l'enfant naturel n'est-il pas en droit de dire : « La reconnaissance dont j'ai été l'objet, ayant été faite dans les conditions déterminées par l'art. 337, doit être considérée comme non avenue à l'égard du conjoint de mon auteur et des enfants issus du mariage ; ma situation est donc la même par rapport à

eux que si je n'avais jamais été reconnu ; or, dans cette hypothèse, je pourrai conserver le don ou réclamer le legs qui m'a été fait dans les limites de la quotité disponible ». Est-il juste que les adversaires de l'enfant puissent invoquer et rétorquer contre lui une reconnaissance qu'ils ne lui permettent pas d'alléguer en sa faveur ? L'enfant naturel n'est-il pas bien fort quand il vient dire à ses adversaires : « Ma reconnaissance est valable à votre égard ou elle est nulle, choisissez. Si elle est valable, j'ai droit dans la succession de mon auteur à la part que m'alloue l'art. 757, et la donation ou le legs qui m'a été fait, doit s'exécuter jusqu'à concurrence de cette part. Si elle est nulle, alors je n'ai aucun droit de succession à faire valoir, mais aussi je puis conserver le don qui m'a été fait, ou en réclamer l'exécution dans les limites de la quotité disponible, comme pourrait le faire un étranger. Ce qui n'est pas admissible, c'est que vous souteniez que ma reconnaissance est nulle à votre égard en tant qu'il s'agit de me faire appliquer l'art. 337, et valable au point de vue de l'application de l'art. 908. » (Baudry Lacantinerie, loc. cit.) (En ce sens, Cass. 28 mai 1878, S. 79, I, 337).

L'art. 337 constitue une faveur pour les enfants nés du mariage, et le conjoint ; ils peuvent donc renoncer au bénéfice de cet article, et réclamer l'application du droit commun, lorsqu'ils y auront intérêt, ce qui sera le cas, lorsque l'enfant naturel a reçu un don ou un legs considérable de son auteur ; ils pourront lui déclarer qu'ils considèrent la reconnaissance valable à tous égards et deman-

der ensuite l'application de l'art. 908, de telle sorte que le don ou le legs par lui reçu, soit réduit à la limite fixée par les art. 757 et suivants. Leur prétention serait juste : autrement l'enfant naturel reconnu au cours du mariage serait mieux traité que celui qui a été reconnu à toute autre époque. Cette remarque vient détruire un des arguments sur lesquels nos adversaires comptent le plus, et à l'aide duquel ils espéraient arriver à démontrer par l'absurde l'évidence de leur doctrine.

§ 2. — Les père et mère naturels peuvent-ils réduire la part de biens que la loi alloue à l'enfant naturel ?

Dans le paragraphe précédent, nous venons de voir que les auteurs de l'enfant naturel ne peuvent augmenter la portion de biens que les art. 757 et suivants déterminent. Mais le code leur permet de la diminuer.

Les père et mère naturels peuvent même procéder de deux manières différentes : 1° directement et expressément, en vertu de l'art. 761 ; 2° indirectement et tacitement, conformément au droit commun sur la faculté de faire des libéralités.

SECTION IV. — DE LA RÉDUCTION QUE LES PÈRE ET MÈRE PEUVENT FAIRE SUBIR A LEUR ENFANT NATUREL.

« Toute réclamation leur est interdite (aux enfants naturels), lorsqu'ils ont reçu du vivant de leur père ou de leur mère la moitié de ce qui leur est attribué par les art.

précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié (art. 761). »

D'après ce texte, l'auteur d'un enfant naturel peut lui dire : Votre part dans ma succession future sera de 20.000 fr. ; je vous en offre immédiatement 10.000 par donation entre vifs avec cette clause que vous serez réduit à cette somme pour tout droit héréditaire. » Cette disposition, on le conçoit, est exceptionnelle. Il est en effet aisé de voir qu'elle déroge, à deux points de vue, au droit commun : 1° en ce qu'elle autorise un pacte sur succession future, 2° en ce qu'elle consacre une exhérédation partielle par voie directe, contrairement aux principes généraux.

Ceci posé, on s'est tout d'abord demandé, comment on devait entendre cet article. Vise-t-il une donation entre-vifs qui, comme telle, exige l'acceptation de l'enfant ? Ou bien consacre-t-il une *distribution*, une *attribution* qui pourrait être imposée par le père ou la mère.

Beaucoup d'auteurs et de nombreux arrêts soutiennent cette seconde manière de voir, en invoquant :

1° Les travaux préparatoires de l'art. 761, surtout les passages suivants des discours de Siméon et de Chabot : « Si pour la tranquillité et le repos de leur famille, a dit le tribun Siméon, le 29 germinal an XI, au Corps Législatif,

les père et mère ont eu soin d'acquitter de leur vivant, leur dette envers leur enfant naturel, si en la payant par anticipation, ils ont déclaré ne vouloir pas qu'il vînt après eux troubler leur succession, le Code maintiendra cette disposition, lors même que ce don anticipé n'arriverait qu'à la moitié de la créance ; mais si le don était resté au-dessous de la moitié, l'enfant pourrait en réclamer le supplément... Une pareille donation est utile, et pour l'enfant naturel qu'elle fait jouir plus tôt, et pour la famille qu'elle débarrasse d'un créancier odieux ; il est bon de la maintenir, mais sous la condition équitable qu'elle n'aura pas été excessivement lésive... » Et Chabot ajoute dans son rapport au Tribunat du 26 germinal an XI : « qu'il était convenable de laisser aux père et mère cette faculté qui retiendra les enfants dans les devoirs de la piété filiale ». (Fenet XII p. 194 et 231). L'art. 761 permet donc aux père et mère d'écarter leur enfant naturel de leur succession, afin d'éviter les conflits et les difficultés que sa présence au partage causerait à la famille légitime, et aussi afin de le retenir dans le devoir par crainte de cette réduction. Si l'enfant pouvait s'opposer à la volonté de ses parents, la faculté concédée par le Code, serait illusoire ; aussi les père et mère peuvent-ils agir d'autorité, par voie de *disposition*. L'art. 761 est un attribut de la puissance paternelle sur les enfants naturels.

2^o Le texte consacre cette doctrine, lorsqu'il dit « avec déclaration expresse de la part de leur père ou de leur mère, que leur intention » est de réduire à la part « qu'ils

ont assignée » (Toullier II n° 262). Tel n'est pas notre avis, et nous adoptons sans hésitation le système contraire :

1° Parce que l'art. 761 exige que l'enfant naturel ait « reçu » du vivant de ses auteurs ; or recevoir signifie acquérir la propriété ; comme la propriété ne peut s'acquérir entre-vifs qu'avec le consentement des deux parties, il faut que l'enfant naturel donne ici son adhésion à l'opération. L'art. 760 qui contient également le mot « reçu », vient à l'appui de cette doctrine, car il est bien évidemment lié au suivant, tous deux ayant trait à la même hypothèse, celle où l'enfant naturel a reçu des dons entre-vifs de ses père ou mère ; la différence entre ces textes consiste en ce que le premier dispose pour le cas où l'auteur immédiat de cet enfant voudrait augmenter, tandis que le second s'occupe du cas où il voudrait diminuer la part de l'enfant naturel ; or si l'art. 760 suppose le consentement de ce dernier, ce qui est indéniable, l'art. 761 le suppose également, car il règle une autre face de l'hypothèse, mais dans les mêmes termes. Quant aux mots « déclaration », « intention », qui figurent dans l'art. 761, ils signifient que les père et mère peuvent mettre une condition à la donation ; mais il ne s'ensuit pas que cette donation cessera d'en être une.

2° Parce que les principes sont pour nous. En effet, la propriété s'acquiert par certains modes limités qu'on ne peut modifier, et dont on ne peut augmenter le nombre ; il ne peut s'agir ici que d'une donation entre-vifs, bien certainement, car on ne trouve pas d'autre moyen, dans

l'espèce, de faire acquérir par l'enfant naturel la propriété de la moitié de sa part héréditaire ; or ce contrat, pour se former, ne peut se passer du consentement des deux parties. On a bien voulu soutenir que l'enfant naturel était créancier et qu'un paiement peut être imposé ; son auteur pourrait donc lui faire des offres réelles, et ainsi, dit-on, l'enfant naturel aura reçu ou tout ou moins sera réputé avoir reçu ; mais nous avons démontré que l'enfant naturel était un véritable successeur et les mots « créance, dette, acquittement », employés par Siméon, ne paraissent pas infirmer notre théorie. Siméon s'est trompé, voilà tout ; son opinion ne peut prévaloir contre les arguments péremptoires qui découlent des textes. L'art. 761 par conséquent ne consacre qu'un avancement d'hoirie ; or les opérations de ce genre ne peuvent être réalisées que par une donation (art. 711, 843, 919 et 1076). Aussi a-t-on soutenu que les père et mère naturels pourraient, en cas de refus, s'adresser aux tribunaux que l'on investit, non pas du droit d'accepter pour l'enfant, on n'ose aller jusque-là, mais de déclarer les offres valables, et « tenant lieu de la donation dont l'enfant ne veut pas » (Duranton, VI, n° 305). Mais cette opinion est arbitraire, et plus contraire encore aux principes, car elle revient à dire que les tribunaux peuvent décider que l'enfant naturel est devenu donataire, alors qu'il n'en est rien. D'autres encore ont dit que l'art. 761 est « dans la vérité des choses une disposition testamentaire anticipée dans son exécution » (Pont, observ. dans Dev. 1847, 1, 791, note 3) ; mais ceci est inadmissible ;

une disposition testamentaire n'est pas irrévocable, et ne s'exécute jamais du vivant du testateur (art. 895). Enfin on a proposé d'admettre la solution suivante : l'enfant naturel pourrait refuser la donation, mais son refus constituant une renonciation, n'empêche pas ses père et mère d'arriver au résultat qu'ils désirent ; s'il refuse, il n'en sera pas moins exclu de l'hérédité (Massé et Vergé, II, p. 279). Mais alors comment explique-t-on l'exigence de l'art. 761 qui veut que l'enfant ait « *reçu* » ?

3° Parce qu'enfin notre doctrine est conforme à l'esprit de l'art. 761, tel qu'il résulte des travaux préparatoires. Siméon, nous l'avons vu, déclare que l'art. 761 contient un « don anticipé » ; et le mot se trouvait dans les projets antérieurs de ce texte. Il s'agit donc bien d'une donation entre-vifs. Et le même Siméon nous a fait connaître le motif de cette disposition : « Une pareille donation est utile pour l'enfant naturel qu'elle fait jouir plus tôt, et pour la famille qu'elle débarrasse d'un créancier odieux ». Ainsi donc le législateur voulait concilier deux intérêts, nullement frapper l'enfant seul ; dès lors, si l'enfant refuse, c'est qu'il juge que l'acceptation de la libéralité est contraire à ses intérêts ; et il en a le droit. D'ailleurs peut-on arriver sûrement, par la contrainte, à faire respecter la volonté du père ? Nous ne le pensons pas ; en effet, l'enfant, réduit en conformité de l'art. 761, peut, d'après cet article, si le don n'atteint pas la moitié de sa part héréditaire, réclamer le complément ; ceci posé, qui l'empêche de soulever le débat uniquement pour molester

la famille légitime, sauf à savoir d'avance qu'il succombera ; il faudra l'admettre au partage, et à toutes ses opérations, pour lui prouver que sa réclamation n'est pas fondée. Quel remède pourrait apporter ici la théorie de l'attribution ? Et que reste-t-il de l'argument qui consiste à dire qu'il faut permettre aux père et mère d'agir d'autorité, sous peine de voir l'enfant naturel venir malgré eux assister aux opérations du partage ?

Nous concluons de tout ceci que l'art. 761 ne peut être mis à exécution que par une véritable donation entrevifs, soumise à toutes les règles de ce genre de contrats (Demolombe, XIX, n° 105 ; Laurent, IX, n°s 132 et 137). Il faut, le texte le dit, que la déclaration de l'auteur de l'enfant naturel soit faite dans l'acte même de donation (arg. des mots : « lorsqu'il a reçu *avec* déclaration expresse... ») ; un acte postérieur la mentionnant ne suffirait pas pour priver l'enfant du droit de venir à la succession ; d'ailleurs cette déclaration est une condition de la donation ; or le donateur ne peut après coup modifier l'effet de sa libéralité (art. 894-1052) ; enfin, si le père ou la mère naturels, après avoir fait une donation, pouvaient faire une pareille déclaration par acte séparé, la loi leur permettrait de tendre à leur enfant un véritable piège.

Nous irons plus loin encore ; même avec le consentement de l'enfant, croyons-nous, cette déclaration ne pourrait être faite si elle n'a pas accompagné la donation, car nous sortirions des termes de l'art. 761, et une déclaration semblable constituerait une renonciation prohibée à suc-

cession future (art. 791). Il faudrait donc, pour consacrer la volonté des parties, qu'une nouvelle donation ait lieu (Demolombe, XIX, n° 106 *in fine* ; Demante, III, n° 80 bis, 1 ; Aubry et Rau, IV, p. 216).

D'après l'art. 761, la déclaration de réduction doit être expresse ; il n'y a pas de formule sacramentelle ; il suffit que la volonté des parents soit clairement exprimée, ainsi que le consentement de l'enfant ; en cas de doute, on l'interpréterait en faveur de ce dernier.

Outre son consentement, l'art. 761 exige deux autres conditions pour que l'enfant naturel soit écarté de la succession *ab intestat* :

1° Il faut qu'il ait reçu du vivant de ses père ou mère une fraction du patrimoine de son auteur ; 2° que cette fraction soit approximativement de la moitié de l'émolument que ses droits héréditaires lui procureront dans l'avenir. La première condition s'explique ; c'est en effet la jouissance anticipée qui compense la réduction ; l'avance qui lui est faite justifie la dérogation au principe qui défend de renoncer à une succession non ouverte, car il en tire cet avantage de pouvoir se créer immédiatement une situation. De ce motif il résulte que la réduction ne peut être opérée ni par testament ni par donation de biens à venir, ni par donation entre-vifs avec réserve d'usufruit, ou dont l'exécution serait ajournée au décès du testateur ; l'ancien droit nous offre une analogie sur ce point : il autorisait la renonciation à succession future des filles, mais à condition que le prix de cette renonciation serait payé

comptant (Lebrun, *Des successions*, III, ch. VIII, sect. 1, n° 33). Pourtant si le droit conféré dès le jour de la donation, en tenant compte des modalités que le contrat impose, était égal au taux fixé par l'art. 761, l'enfant naturel serait écarté de la succession.

Quant à la deuxième condition, on a soutenu que la réduction à moitié devait porter, non sur la part *ab intestat*, mais bien sur la réserve ; l'enfant qui aurait reçu la moitié de sa réserve ne pourrait rien réclamer dans la succession de son auteur. En effet, dit-on, l'art. 761 permet de le réduire à la moitié « de ce qui devrait lui revenir... » ; or la réserve est tout ce qui peut lui revenir si le disponible est épuisé ; donc l'enfant naturel peut être bien réduit à la moitié de sa réserve. D'ailleurs, ajoute-t-on, le père ou la mère qui aurait déjà épuisé la quotité disponible ne pourrait, si l'on décidait autrement, user de la faculté que l'art. 761 accorde (Toullier, II, n° 262 ; Demante, III, n° 80 bis). Mais cette opinion ne doit pas être admise, et nous en voyons la réfutation dans le texte même de l'art. 761, qui fixe le chiffre minimum de la réduction à la moitié « de ce qui leur est attribué (aux enfants naturels) par les articles précédents », attendu que les articles précédents s'occupent uniquement de la part héréditaire *ab intestat* calculée sur la totalité du patrimoine (art. 757 et 758) ; quant à la citation de nos adversaires, les termes auxquels ils font allusion se rapportent à la disposition principale du premier alinéa, et signifient évidemment que l'enfant naturel ne peut réclamer si la portion qu'il a reçue

est égale à la moitié « de ce qui devrait lui revenir » d'après « ce qui lui est attribué par les articles précédents ». Les deux alinéas sont ainsi d'accord, contrairement à ce qui a lieu dans la doctrine adverse. D'ailleurs l'art. 761 fait partie des successions *ab intestat*, où le législateur s'occupe de la dévolution de tout le patrimoine ; la réserve est traitée dans un titre différent ; et dès lors on ne peut transporter sans arbitraire un texte d'un ordre d'idées dans un autre. Au surplus une réserve ainsi réduite ne serait plus une réserve ; elle doit rester intacte.

L'art. 761 prévoit lui-même que la part réduite à moitié ne peut être connue qu'approximativement ; tout dépend, en effet, des forces de l'hérédité et du nombre et de la qualité des héritiers ; aussi concède-t-il à l'enfant naturel, en cas d'erreur à son préjudice, le droit de demander, lors de l'ouverture de la succession, le supplément qui lui est nécessaire pour parfaire la moitié qu'il doit avoir ; cette faculté compromet le but du législateur, puisque, comme nous l'avons vu, l'enfant naturel peut réclamer sans droit, par pur esprit de chicane, et assister ainsi aux opérations du partage ; d'autant plus qu'il ne peut renoncer à la faculté de réclamer le supplément, car l'art. 761, qui constitue déjà une exception, ne nous autorise pas à décider autrement. C'est d'après la valeur des biens au jour du décès, qu'il faut estimer si l'enfant naturel est rempli de ses droits (art. 757, 761 et 922). Enfin, si la part reçue par donation était dérisoire, et hors de toute proportion avec la moitié de ce qui doit lui revenir *ab intestat*, il

pourrait réclamer tout entière sa part de succession, telle qu'elle est fixée par les art. 757 et suiv., sauf à imputer ce qu'il a reçu du vivant de son auteur, car la donation étant entachée de mauvaise foi, la renonciation qu'elle valide serait nulle (Demolombe XIV n° 115).

Que décider si les biens, donnés conformément à l'art. 761 étaient d'une valeur supérieure à la moitié de sa part héréditaire sans toutefois excéder celle-ci ? Aucun texte ne permet aux héritiers d'agir en réduction ; nous autoriserons donc l'enfant naturel à conserver la libéralité en entier.

Notons que l'art. 761 s'applique aux descendants légitimes de l'enfant naturel, comme à leur auteur lui-même ; la combinaison des art. 760 et 761 le prouve : le premier parle de l'enfant naturel ou de ses descendants, et le second décide que toute réclamation *leur* est interdite lorsqu'*ils* ont reçu....

A qui profite la réduction, s'il y a plusieurs enfants naturels dont quelques-uns seulement ont été réduits ? En général, on décide que si le défunt laisse des enfants légitimes, la réduction ne profitera qu'à eux, jamais aux frères naturels du donataire. En effet, dit-on, l'art. 761 n'est fait que pour la famille légitime, et d'ailleurs, si la réduction profitait aux enfants naturels, cela permettrait aux père et mère de leur donner une part supérieure à celle que la loi défend de dépasser. Toutefois, comme la fraction déterminée par l'art. 757 ne doit pas non plus être arbitrairement diminuée, on la calculera en comprenant dans

la masse les biens reçus par les enfants naturels réduits. Si le *de cujus* ne laisse que des ascendants, des collatéraux et des enfants naturels non réduits, la réduction profite à tous ces successibles, car la succession se divise par masses entre les successeurs réguliers et les irréguliers ; les seconds ayant la moitié ou les trois quarts, le reste étant attribué aux héritiers, l'accroissement produit par la réduction qui augmente la masse, doit augmenter proportionnellement la part de chacun de ceux qui se la partagent : en effet n'y eût-il qu'un seul enfant non réduit, il aurait eu la moitié ou les trois quarts, comme s'il eût été seul ; seulement, comme les enfants naturels ne doivent jamais, ni individuellement, ni collectivement, recevoir plus que l'art. 908 ne le leur permet, il ne faut pas que les parts des enfants réduits, et celle des non réduits excèdent la moitié ou les trois quarts auxquels tous ensemble ont droit ; si le total était supérieur, les enfants non réduits devraient imputer jusqu'à due concurrence ce qui aurait été donné aux enfants réduits (Duranton, VI, n° 308 ; Taulier, III, p. 194). Nous souscrivons à la première partie de la distinction, mais non à la seconde, car quelle que soit la qualité des héritiers légitimes, la réduction des héritiers légitimes est seulement autorisée dans leur intérêt, et jamais les enfants naturels ne doivent avoir plus que l'art. 908 ne leur donne.

La question de savoir dans l'intérêt de qui l'art. 761 a autorisé la réduction, est controversée. Une première opinion soutient qu'elle profite non seulement aux héritiers

légitimes, mais encore au conjoint survivant et à l'Etat, pour ce motif que l'art. 761 renvoie à l'art. 758 ; donc l'enfant naturel pourrait être réduit, à défaut de parents au degré successible, en faveur du conjoint et de l'Etat (Demante, III, n° 80 bis, IV ; Aubry et Rau, IV, p. 207). Une deuxième opinion exclut l'Etat du bénéfice de la réduction (Delvincourt, II, p. 22, note 4). Enfin, une troisième que nous adoptons, ne l'autorise que dans l'intérêt de la famille légitime (Demolombe, XIV, n° 119 B).

Comme le dit M. Demolombe, ce n'est pas en haine de l'enfant naturel, mais dans l'intérêt tout relatif des parents légitimes, que l'art. 761 a été fait ; et ce qui le prouve, c'est qu'à défaut de parents successibles, cet enfant recueille toute l'hérédité ; les passages que nous avons transcrits, notamment celui du discours de Siméon, montrent que le législateur avait bien la pensée que nous lui attribuons. A défaut de parents légitimes, l'art. 761 n'a plus de raison d'être, son motif n'existe plus. L'économie des textes vient à l'appui de notre manière de voir ; la section où l'art. 761 est placé, prévoit en effet deux cas : 1° l'enfant naturel est en concours avec des parents légitimes, il peut être écarté par la réduction ; 2° il n'y a aucun héritier légitime ; l'enfant naturel succède à la totalité de l'hérédité ; il prime donc le conjoint et l'Etat ; comment dès lors songer à l'écarter du partage, en raison de leur présence ? En appliquant dans cette hypothèse l'art. 761, on crée un ordre nouveau de successeurs que rien n'autorise.

Les mêmes motifs nous font admettre que la réduction

ne pourrait, à défaut d'héritiers légitimes, avoir lieu au profit des donataires ou légataires étrangers ; les père ou mère naturels n'ont en ce cas que la disposition du disponible ; ils doivent laisser à l'enfant sa réserve intacte, ce qui n'est pas nécessaire dans l'hypothèse où il existe des héritiers légitimes, car ainsi que nous l'avons vu, l'art. 761 exige seulement que l'enfant naturel reçoive par donation entre-vifs la moitié de sa part héréditaire *ab intestat* : or cette moitié peut être inférieure au montant de sa réserve. Nous reviendrons sur ce dernier point.

DE LA RÉDUCTION PAR VOIE INDIRECTE

L'auteur de l'enfant naturel, comme toute personne, peut disposer des biens de son patrimoine par donations entre-vifs et par testament : on conçoit dès lors aisément qu'il puisse, en disposant de tout son actif, réduire la quotité spéciale que les art. 757 et suivants accordent à son enfant. Seulement peut-il ne lui laisser aucune partie de sa fortune ? En d'autres termes, l'enfant naturel a-t-il une réserve dans la succession de ses père et mère ?

Dans les premiers temps de la promulgation du Code, on a nié l'existence d'une réserve au profit du bâtard pour les raisons suivantes :

La réserve, a-t-on dit, est un droit d'exception ; or l'art. 913 n'en constitue une qu'en faveur des enfants nés du mariage ; et ce raisonnement est confirmé par l'art. 916 qui décide qu'à défaut de réservataires légitimes ; la

quotité disponible comprend tout le patrimoine. On ne pourrait invoquer, ajoutait-on, les articles 756, 757 et 758 pour soutenir l'opinion contraire ; car ces textes ne confèrent que des droits de succession *ab intestat* ; ni l'ancien droit : en effet, Lebrun nous apprend que l'enfant naturel n'avait pas de légitime, et qu'il pouvait venir en « vertu de la disposition du père, mais non pas contre sa disposition » (Des successions, l. II, ch. III, sect. II, n° 1) ; ni enfin l'art. 761 qui est fait contre les bâtards. D'ailleurs on ne pourrait calculer le montant de cette réserve, ni déterminer les biens sur lesquels elle doit être prise, ni décider par qui elle doit être fournie ; or, si le législateur avait établi une réserve dans cette hypothèse, il l'aurait organisée. Enfin on s'emparerait de ces paroles de Joubert : « Les enfants naturels ne pourraient-ils donc pas aussi réclamer la réduction des donations entre-vifs ? Jamais ! La loi établit la réserve pour les enfants légitimes ; *qui de uno dicit, de altero negat* » (Fenet, XII, p. 592, Comp. Rouen 31 juillet 1820, S. 21, 2, 213 ; Chabot, sur l'art. 756, n°s 17 et suiv.)

Cette opinion est aujourd'hui complètement abandonnée et avec raison, car :

1° le code implicitement établit une réserve pour l'enfant naturel : en effet, l'art. 747 lui donne une portion héréditaire, qui est une fraction de celle qu'il aurait eue s'il avait été légitime ; nous savons qu'il lui donne aussi par cela même un droit de même nature que celui des enfants nés du mariage ; on doit donc le traiter, sauf la quotité, comme s'il était légitime ; or il serait traité différemment

et n'aurait pas un droit de même nature, si ce droit n'était pas garanti par la même sanction. Il en est de l'art. 757 comme de l'art. 350.

2° l'article 761 prouve à l'évidence, que l'enfant naturel a une réserve ; ses auteurs peuvent le réduire par donation entre-vifs à la moitié de sa part *ab intestat*, mais non au-delà ; donc ils ne peuvent lui enlever tout ce que la loi lui alloue ; ils doivent lui laisser quelque chose ; bien mieux, ils ne pourraient le réduire à moitié en lui léguant la part déterminée dans l'art. 761 ; s'ils ne peuvent le réduire par legs, comment comprendre qu'ils puissent le dépouiller entièrement en instituant un légataire universel, ou en donnant entre-vifs toute leur fortune ; 3° si l'enfant naturel n'avait pas de réserve, il n'aurait même pas droit à des aliments ; car, en dehors des art. 757 et 758, aucun texte ne lui en attribue, s'il n'est ni adultérin ni incestueux ; c'est donc que le Code considère sa créance alimentaire comme comprise dans la réserve (Demolombe XIX nos 148 à 150. Aubry et Rau VII § 680).

Quant à la quotité de cette réserve, bien que l'on ait prétendu qu'elle égalait la part héréditaire *ab intestat* de l'enfant naturel, ce qui lui aurait donné une réserve plus forte que celle de l'enfant légitime, puisqu'elle aurait pu ainsi comprendre tout le patrimoine, et que d'autres aient soutenu que, d'après l'art. 761, elle devait être fixée à la moitié de ce que l'enfant naturel aurait eu, en l'absence de libéralités, ce qui suppose que la réduction de cet article peut être opérée autrement que par donation entre-vifs faite à l'enfant lui-même, on est aujourd'hui fixé. Cette

réserve doit être calculée d'après le même procédé que la part héréditaire ; du moment en effet que l'on admet la réserve en vertu des art. 757, 913 et 915, pour ce motif que l'enfant naturel doit être traité dans la portion de biens indisponible comme dans la succession *ab intestat*, il est logique de conclure que sa réserve doit être comparative-ment et proportionnellement égale à sa part héréditaire : ce qui conduit à décider qu'il faut encore ici considérer l'enfant naturel comme légitime, déterminer sa réserve en se basant sur cette fiction, puis en réduire le montant des trois quarts, de la moitié ou d'un quart, suivant la qualité des héritiers légitimes ou même la laisser intacte ; le résultat obtenu sera ce qui forme la réserve de l'enfant naturel ; comme le dit M. Demolombe (XIX n° 153) : « de même que la portion héréditaire de l'enfant légitime sert de base et de type à la portion héréditaire de l'enfant naturel de même la réserve de l'un sert de base et de type à la réserve de l'autre ». On trouve ainsi qu'en présence d'un enfant légitime, la réserve de l'enfant naturel sera d'un neuvième de la succession ; d'un douzième en présence de deux enfants légitimes ; d'un seizième s'il en a trois, etc... ; si l'enfant naturel se trouve seul au premier degré en présence de petits enfants légitimes, si ces petits-enfants viennent par représentation, les solutions seront les mêmes ; s'ils viennent de leur chef, l'enfant naturel aura toujours une réserve d'un sixième ; si le *de cujus* laisse des ascendants seulement, elle sera d'un quart ; si l'enfant né hors mariage ne se trouve qu'en présence de collaté-

raux, elle sera de trois huitièmes ; enfin cette réserve comprendra la moitié du patrimoine entier à défaut de parents à degré successible ; dans cette hypothèse elle sera égale à celle d'un enfant légitime. Pour le calcul de la réserve, comme pour celui de la part héréditaire, on ne devra pas tenir compte des parents renonçants ou indignes ; on ne comprend pas que l'on ait pu soutenir qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ici la façon de procéder adoptée pour déterminer la portion de biens fixée par l'art. 757. Lorsqu'il existe plusieurs enfants naturels, on doit les considérer fictivement et simultanément comme s'ils étaient légitimes, et régler en conséquence la quotité de leur réserve au titre d'enfants naturels.

Telle est la réserve des bâtards ; nous savons qu'elle ne peut être réduite de moitié en vertu de l'art. 761 qui ne la vise pas. Mais l'enfant réduit conformément à cet article ne pourrait pas demander sa réserve, sous prétexte qu'elle est supérieure à la moitié de sa part *ab intestat*.

Quant aux biens sur lesquels cette réserve est prise, ce sont les mêmes que ceux sur lesquels est basée celle de l'enfant légitime. C'est à tort en effet que l'on a soutenu que l'enfant naturel ne pouvait faire réduire les donations entre-vifs pour ce motif que les art. 756 et 757 ne lui accordent de droit que « sur les biens de ses père et mère décédés » (Maleville sur l'art. 756. Delvincourt, II, p. 22, note 4. Lyon, 16 juillet 1828, S. 29, 2, 109), ou bien qu'il ne peut agir en réduction sur les donations entre-vifs antérieures à sa reconnaissance, parce que les donataires pos-

térieurs seuls n'ont pas de droit acquis qui ne peut leur être enlevé par le fait du donateur, la reconnaissance n'ayant pas d'effet rétroactif contre les tiers (Merlin, rep. v^o Réserve, sect. IV § 9. Troplong, II, n^o 771 et 932). En effet, la première doctrine constituerait une singulière réserve, si des donations entre-vifs pouvaient l'anéantir, et, au surplus, pourquoi mettre les legs à part, car juridiquement les biens dont on dispose de cette façon sont sortis de la succession ; quant à la deuxième, elle méconnaît le caractère essentiel de la reconnaissance, qui n'est pas un simple fait volontaire, mais l'accomplissement d'un devoir ; d'ailleurs son caractère est celui d'un acte de l'état civil comme l'adoption, le mariage ; or l'adopté peut faire réduire les donataires antérieurs à l'adoption, et l'enfant légitime ceux qui sont antérieurs à sa naissance et même au mariage de ses parents ; l'enfant naturel doit donc jouir des mêmes droits, et cela contre toute personne, même si le donataire était enfant légitime (art. 920-922) (Démolombe XIX n^o 165) ; d'autant plus que la reconnaissance est déclarative, ce qui lui donne effet rétroactif ; dans ces conditions il faudrait un texte comme l'art. 920 pour restreindre ses effets. L'art. 339 écarte le danger de fraude. — Enfin ces deux opinions violent, soit les art. 757 et 913, soit l'art. 922, car la réserve de l'enfant naturel ne serait pas une quote-part de celle de l'enfant légitime, si elle ne portait pas sur les mêmes biens, et d'autre part il n'y a qu'une seule manière de calculer la réserve ; si l'enfant naturel n'avait pas l'action en réduction, telle qu'elle est

organisée par l'art. 922, il n'aurait pas de réserve, parce qu'il n'y aurait pas en réalité d'action en réduction.

Reste à nous demander comment et par qui doit être fournie la réserve de l'enfant naturel. Aucune difficulté si le *de cujus* n'a pas laissé d'héritiers, ni même s'il n'a laissé aucun héritier réservataire ; la réserve de l'enfant naturel se prendrait sur la succession à l'exclusion de tout successeur ; si les forces de l'hérédité n'étaient pas suffisantes pour l'en remplir, il agira en réduction contre les donataires et les légataires.

Mais, s'il concourt avec des héritiers à réserve, sa réserve à lui doit-elle être prise exclusivement sur celle des héritiers, ou exclusivement sur la quotité disponible, ou proportionnellement sur l'une et sur l'autre ?

Un premier système, celui des auteurs qui voient un créancier dans l'enfant naturel, soutient cette dernière combinaison, parce que l'art. 922 prescrit de déduire les dettes pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve, et parce que, aux termes des art. 1009 et 1012, quand un légataire universel ou à titre universel est en concours avec des héritiers réservataires, tous doivent supporter les dettes et charges par contribution (Troplong, II, n° 772 et suiv). Nous avons démontré que l'enfant naturel n'était pas créancier ; d'ailleurs ce système aboutit à une conséquence inacceptable : supposons une hérédité de 48,000 fr., deux enfants légitimes, un enfant naturel et un légataire universel ; si les trois enfants étaient légitimes, la quotité disponible serait de 12,000 fr. (art. 913) ; d'après

le système proposé, elle ne serait que de 11250 fr. ; on a voulu corriger ce résultat, en décidant que le disponible devait toujours être au moins du quart ; que lorsqu'il y aurait plus de trois enfants légitimes, la réserve de l'enfant naturel devra être supportée exclusivement par eux (Toullier, III, n° 265 ; Demante, VI, n° 47 bis, IV et V). Mais alors on tombe dans l'arbitraire ; d'ailleurs on ne peut admettre que l'enfant naturel est créancier, et admettre en même temps le tempérament en question, car jamais une dette ne change la proportion des parts entre les réservataires et ceux qui recueillent le disponible. Nous l'avons dit, l'enfant naturel a droit à une part héréditaire semblable, moins la quotité, à celle d'un enfant légitime ; puisque c'est en vertu des art. 757 et 913 qu'il a droit à une réserve, celle-ci doit être de même nature que celle des enfants légitimes ; elle n'est donc pas un droit de créance, mais un *jus in re*. Enfin il n'y a dans le Code qu'une seule réserve, qui est toujours une part indisponible de l'hérédité *ab intestat*.

Examinons maintenant la doctrine qui décide que la réserve de l'enfant naturel doit être prise sur le disponible. Le *de cujus* laisse un enfant légitime, un enfant naturel et un légataire universel ; la succession est de 48000 fr. ; si les deux enfants étaient légitimes, le disponible serait de 16000 fr. ; ce tiers sera donné au légataire universel ; puis, comme la part de l'enfant naturel doit être réduite des deux tiers, on donnera le montant du retranchement à l'enfant légitime ; en fin de compte celui-ci aura 26,666 fr.

67, l'enfant naturel, 5,333 fr. 33 ; si l'enfant naturel n'avait pas été là, l'enfant légitime n'aurait eu que 24,000 fr. et le légataire universel pareille somme ; sa réserve est donc augmentée par suite de la présence de l'enfant naturel : ce résultat condamne ce système.

Voici le système qui nous paraît le meilleur : L'enfant naturel devant être considéré comme s'il était légitime, sa réserve doit nuire, dans la mesure réduite de sa quotité, à tous ceux, mais à ceux-là seuls auxquels sa présence aurait nui plus gravement s'il eût été légitime. Ce système résulte de la combinaison des art. 757, 758 et 913 comme le principe de la réserve et de sa quotité. Prenons tout d'abord le cas où l'enfant naturel est en concours avec des enfants légitimes. Si ceux-ci ne sont pas plus de deux, sa réserve se prendra sur celle des enfants légitimes et sur la quotité disponible, car un troisième enfant légitime aurait nui, dans la même proportion, aux deux enfants légitimes et aux donataires et légataires ; sans cela on établirait en faveur de ces derniers un disponible supérieur ou inférieur à une part d'enfant. ce qui serait contraire à la loi, puisque, lorsqu'il n'y a que deux ou trois enfants, la quotité disponible doit être égale à une part d'enfant. S'il y a au moins trois enfants légitimes, la réserve de l'enfant naturel doit être prise uniquement sur celle des enfants légitimes, car s'il y avait un quatrième enfant légitime, sa présence ne nuirait qu'à eux (art. 913). D'après le même principe, si l'enfant naturel se trouve en concours avec des petits-enfants nés d'enfants légitimes renonçants ou indignes,

sa réserve doit être prise exclusivement sur celle des petits-enfants.

Passons au cas où l'enfant naturel trouve en face de lui des ascendants : sa réserve se prendra exclusivement sur la leur, car, en présence d'un enfant légitime, les ascendants n'auraient rien eu (art. 915). S'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, sa réserve se prendra pour moitié sur la réserve des ascendants, pour l'autre moitié sur le disponible, car, la réserve des ascendants ne se rencontrant que dans une ligne, l'enfant naturel nuit à la fois aux ascendants et aux donataires et légataires. Supposons maintenant qu'il y ait plusieurs enfants naturels : nous croyons avec M. Aubry et Rau (VII § 686 p. 239 note 9) que l'on doit procéder au même mode d'imputation.

Quid des enfants adultérins ou incestueux et de leurs père et mère ? Ces enfants ne sont ni héritiers ni même successeurs irréguliers ; ils sont créanciers d'aliments contre la succession, pas davantage ; il en résulte qu'ils ne peuvent exercer aucune action en réduction contre les donataires entre-vifs, mais qu'ils peuvent se faire payer de leur créance avant les légataires comme tous autres créanciers (Demolombe XIX n° 187).

DEUXIÈME PARTIE

Condition des enfants adultérins ou incestueux.

Dans l'ancien droit, les enfants adultérins ou incestueux étaient frappés de l'incapacité de recevoir toutes sortes de libéralités, si ce n'est pour cause d'aliments ; on suivait à cet égard les dispositions de l'authentique « *licet* » (C. de *natur. liberis*) (arrêt du 11 avril 1642 cité par Ricard) n° 405 et 418. Pothier, des personnes, 1^{re} partie titre IV. Furgole, (n° 106). Nous savons qu'à l'époque intermédiaire on leur accorda le tiers en propriété de la part à laquelle ils auraient eu droit s'ils avaient été légitimes (art. 9 et 13 de la loi du 12 brumaire an II).

Cette matière est très-difficile, en raison de la pénurie des textes ; aussi voit-on les opinions les plus divergentes se produire. Nous n'avons pas à nous occuper ici de rechercher dans quels cas un enfant naturel est adultérin ou incestueux, ni comment sa filiation se trouve légalement établie : ce serait sortir du cadre que nous nous sommes tracés ; nous devons nous borner, conformément à notre programme, à l'exposé de la condition qui est faite à ces personnes.

A ce point de vue, quatre situations bien nettes peuvent se présenter : 1° l'enfant en question n'a été l'objet

d'aucune reconnaissance ; 2° il a été reconnu par un de ses auteurs, et rien n'établit sa filiation adultérine ou incestueuse ; 3° il a été reconnu en fait par un de ses auteurs ou par les deux, et il est légalement constant que la reconnaissance s'applique à un enfant adultérin ou incestueux ; 4° sa qualité d'enfant adultérin ou incestueux est légalement certaine en dehors de toute reconnaissance.— Quelle sera sa condition juridique ?

Dans la première hypothèse, nous nous trouvons en présence d'un enfant trouvé ; il sera traité comme tel ; notons pourtant ici que la jurisprudence lui applique la décision suivante : Si par un seul et même acte l'auteur d'un enfant naturel lui fait une libéralité, et indique que le motif qui le guide est la certitude du lien qui l'attache au bénéficiaire, cette libéralité devra être annulée. Il ne s'agit pas ici, dit-on, d'une recherche de filiation adultérine ou incestueuse ; les juges se bornent à prendre l'acte dans son ensemble avec la qualification donnée.

Cette théorie aboutit ici à ce résultat singulier que de deux reconnaissances, l'une authentique, dressée suivant les formes légales, dans un acte spécialement destiné à la recevoir, l'autre irrégulière et nulle, mais renfermée dans un testament olographe, le juge ne doit tenir compte que de celle-ci pour l'application de l'art. 908, nullement de la première (Seine, 4 août 1883. Rev. not. n° 6733, 7 février 1884. La Loi et le Droit du 10 février 1884).

Dans la deuxième hypothèse, comme il est impossible de prouver la filiation incestueuse ou adultérine de l'en-

fant, il faut le traiter comme un enfant naturel simple qui n'a été reconnu que par un de ces auteurs ; tout ce que nous avons dit précédemment lui est applicable.

Maïs les solutions ne sont pas plus aussi simples dans les deux derniers cas. D'après l'art. 335, la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est prohibée ; nous croyons, bien que la loi ne le dise pas, que ce texte donne clairement à entendre que la reconnaissance serait nulle si en fait elle avait eu lieu ; par suite, et en vertu de la maxime : *quod nullum est etc* », elle ne produira aucun effet, ni contre l'enfant ni en sa faveur (Maleville sur les art. 340 et 762. Chabot sur l'art 762 n^{os} 3 et 4.)

Nous ne comptons pas essayer de réfuter les opinions contraires à celle que nous avons admise, d'abord parce que une discussion sur ce point nous semble contraire au but que nous nous sommes fixé ; et ensuite parce qu'elles sont aujourd'hui à peu près abandonnées. Nous nous bornerons à constater que, si la reconnaissance est valable, elle doit produire tous les effets que la loi attache à la filiation adultérine ou incestueuse légalement certaine ; si elle est nulle, elle ne doit en produire aucun, elle doit être considérée comme inexistante, non avenue. Rien n'autorise à établir des distinctions, et ceci nous permet de n'examiner que cette question simple : quelle est la condition de l'enfant adultérin ou incestueux lorsque sa filiation est reconnue par la loi ?

Le principe à suivre dans cette matière nous paraît être celui qu'adoptent MM. Aubry et Rau (VI, § 572, p. 224,

2°) : « en général, la loi ne reconnaît aucun lien de parenté ou d'alliance entre les enfants incestueux ou adultérins d'une part, les auteurs de leurs jours et les parents ou alliés de ces derniers d'autre part », sauf, ajoutent ces auteurs, certaines exceptions. Cette proposition nous paraît résulter avec évidence des dispositions du Code ; les enfants légitimes ont une famille ; les enfants naturels simples, nous l'avons vu, sont plus mal traités, mais en somme, si leur famille est plus restreinte et leurs droits moindres que ceux des enfants légitimes, tous participent de la même nature, et sont en quelque sorte une réduction les uns des autres, ce qui permet de reconnaître à cette classe d'enfants illégitimes, une famille véritable ; quant aux enfants adultérins ou incestueux, les droits que la loi leur concède sont tout différents de ceux des enfants naturels simples ; pour ne citer que cet exemple, non seulement ils ne sont pas héritiers, mais ils ne sont même pas *loco hereditum*, ils sont uniquement des créanciers. Cette considération nous paraît justifier les prémisses que nous avons posées.

Voyons maintenant les exceptions dont nous avons parlé ; elles se justifient par les mêmes motifs* que ceux que nous avons donnés sur les mêmes points à propos des enfants naturels simples.

1° Les enfants adultérins ou incestueux doivent honneur et respect à leurs père et mère, et, par suite, les conséquences que l'on peut déduire de cette obligation, leur

sont applicables (Demolombe, V, n° 528 ; Aubry et Rau, VI, § 572).

2° Ils suivent la nationalité de leurs auteurs, d'après les mêmes règles que leurs enfants naturels simples.

3° La solution que l'on admet en ce qui concerne ces derniers au point de vue du nom, doit être reproduite à leur égard (Demolombe, V, n° 596 ; Aubry et Rau, VI, § 572).

4° Les empêchements à mariage que nous avons signalés comme s'appliquant aux enfants naturels simples, leur sont communes avec les enfants adultérins ou incestueux, comme les présomptions légales d'interposition de personnes des art. 911 et 1100 C. (Aubry et Rau, VI, § 572).

5° Les père et mère sont tenus envers lui du devoir d'éducation ; la nature le leur impose, et l'art. 764 le consacre au moins implicitement. Seulement ce devoir est moins onéreux pour les parents adultérins ou incestueux que pour les parents naturels simples ; il nous paraît en effet résulter de l'art. 764 qu'ils ne sont pas légalement obligés de donner à leur enfant une éducation en rapport avec leur position sociale et leur fortune, comme les père et mère d'un enfant naturel simple ; ils satisfont à leurs obligations par cela seul qu'ils mettent leur enfant en état de gagner sa vie en lui faisant apprendre un art mécanique, ou une profession quelconque libérale, commerciale, industrielle etc. L'exemple de la loi n'a en effet rien de restrictif ; tout ce qu'elle désire, c'est que l'enfant trouve dans

son état des moyens d'existence (Demolombe, XIV, n° 128; Aubry et Rau, VI, § 572, note 31).

6° Tout comme les enfants naturels simples, les enfants adultérins ou incestueux ont droit à des aliments, et nous ne les considérerons pas non plus comme tenus d'en fournir à leurs auteurs. Sans doute l'enfant qui nous occupe est débiteur, *natura et pietate*, de la créance alimentaire, mais rien ne prouve que le législateur l'ait obligé civilement ; nous nous bornerons à renvoyer purement et simplement à ce que nous avons déjà dit à ce sujet, en faisant toutefois observer qu'en notre espèce il y a encore plus de défaveur contre les père et mère (Laurent, III, n° 61, II, n° 214. Contre Demolombe, IV, n° 19). « Vainement dit-on, écrit M. Laurent (loc. cit.) que l'obligation alimentaire est réciproque, cela n'est pas toujours vrai, et cela n'est pas vrai quand celui qui réclame les aliments a un crime à se reprocher. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé, ne peut pas réclamer les aliments, tandis qu'ils sont dûs à l'époux qui a obtenu le divorce ».

7° Les enfants adultérins ou incestueux ont un certain droit dans l'hérédité de leurs père et mère ; ce droit leur est concédé par l'art. 764 : « Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui aura fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un deux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession » (adde art. 762). De cet article il résulte que non seulement l'enfant adultérin ou incestueux n'est pas héritier, mais qu'il n'a

même pas un droit héréditaire. Il n'est pas héritier, car, bien que l'art 756 ne soit pas rappelé par l'art. 762, il ne lui est pas plus applicable que les art. 757 et 758. Il n'est même pas un successeur irrégulier, puisqu'il n'est appelé à recueillir aucune fraction des biens composant l'hérédité. Il n'est que créancier, et créancier d'aliments seulement (Demolombe XIV n° 124. Aubry et Rau VI § 572 note 30). D'où il résulte que l'Etat passerait avant lui à défaut d'autres successibles, et que toute donation à lui faite par son père ou sa mère, serait nulle en tant qu'elle excéderait les limites d'une disposition alimentaire (art. 908) ; elle serait réduite à la mesure des besoins réels de l'enfant ; par suite, un pareil legs est annulable, lorsque le légataire n'est pas dans le besoin (Demolombe XIV n° 132. Aubry et Rau VI § 572 note 36).

Maintenant comment règlera-t-on le paiement de la dette alimentaire par la succession ? L'article 763 nous apprend que : « les aliments sont réglés eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes ». La créance alimentaire, on le sait, est subordonnée aux circonstances de chaque espèce, parce que rien n'est plus variable que ce qui est nécessaire pour vivre. Notre article indique l'un des éléments les plus importants de cette appréciation. En effet, les aliments sont accordés suivant la fortune du débiteur ; or ici d'une part c'est la succession qui les doit, et d'autre part le nombre plus ou moins grand des héritiers diminuant évidemment ses forces, le Code veut que l'on en tienne

compte ; outre leur nombre, il faut encore avoir égard, dit la loi, à leur qualité ; et dès lors, il semble rationnel de mesurer la faveur qu'ils méritent d'après l'ordre dans lequel la loi les appelle à l'hérédité *ab intestat* ; les aliments dûs à l'enfant adultérin ou incestueux seront plus ou moins largement réglés, suivant que son père ou sa mère a laissé des enfants légitimes, des ascendants ou seulement des collatéraux ; M. Demante (III n° 82 bis IV), fait aussi très justement observer qu'il faut enfin tenir compte de cette circonstance que l'héritier est de ceux qui auraient eux aussi, le droit de réclamer des aliments au défunt.

L'enfant adultérin ou incestueux qui ne serait pas dans le besoin, aurait-il droit néanmoins à des aliments, contre la succession de ses auteurs ? On pourrait être tenté de répondre affirmativement, en disant que s'il n'en était rien, au cas où plus tard l'enfant serait dans le besoin, il ne pourrait plus en réclamer, puisque le débiteur est la succession, et qu'elle va bientôt disparaître ; c'est donc, pourrait-on dire, à l'époque de l'ouverture de la succession, que la dette doit se liquider une fois pour toutes ; on comprendrait dès lors que la loi ait accordé à l'enfant un droit qui soit comme une garantie à forfait contre les éventualités de l'avenir. Telle n'est pourtant pas l'opinion générale : la dette alimentaire doit bien se liquider en une fois, mais la situation doit être appréciée d'après la position pécuniaire de l'enfant au jour de l'ouverture de l'hérédité. L'art. 764, dit-on, le prouve, si l'un de ses auteurs lui assure des aliments, ou l'a pourvu d'un état, l'enfant adul-

térin ou incestueux ne peut rien réclamer contre l'autre, même si celui-ci n'avait rien fait pour lui ; et il ne pourrait même rien réclamer à ses père et mère, si un tiers l'avait mis à même de gagner sa vie, ou lui avait fait une libéralité suffisante pour subvenir à son existence (Démolombe XIV n° 129). Seulement, quand ces aliments sont dûs, on les règle définitivement lors du partage, en tenant compte des circonstances futures qui peuvent se produire, car la dette est une charge de la succession (art. 763) et l'enfant a un droit qui, sans être héréditaire, a un certain caractère successoral.

La réclamation de l'enfant adultérin ou incestueux serait fondée, si à l'époque de l'ouverture de la succession les profits qu'il retire de son état étaient devenus, sans sa faute, insuffisants, ou si les aliments à lui assurés du vivant de ses auteurs, ne suffisaient plus à son existence. Ces aliments d'ailleurs peuvent lui être assurés par ses père et mère sans son consentement ; l'art. 764 est en effet très différent de l'art. 781 ; il n'exige pas que l'enfant adultérin ou incestueux ait « reçu » ; en outre, il n'édicte pas de déchéance ; enfin cet enfant est créancier, et on peut payer une dette, malgré la volonté du créancier ; son consentement ne serait nécessaire que s'il s'agissait de le rendre propriétaire d'un bien quelconque, meuble ou immeuble, mais il serait inutile pour le priver de ses droits dans l'hérédité. Mais ce cas, a-t-on dit, est irréalisable, attendu que les père et mère de l'enfant naturel adultérin ou incestueux ne peuvent lui transmettre la propriété pleine et

entière d'un immeuble pour l'acquit de l'obligation alimentaire, car l'art. 908 lui défend de recevoir plus que des aliments; or les aliments consistent nécessairement en des prestations ou des droits viagers; la propriété d'un immeuble, étant transmissible héréditairement, ne peut être attribuée au titre alimentaire. M. Demolombe fait très justement observer (XIV n° 131) que les enfants qui nous occupent peuvent parfaitement n'avoir pas reçu plus que l'art 208 ne le permet, en devenant propriétaires; rien n'empêche ses père et mère de lui donner un capital; dès lors, pourquoi les empêcher de le rendre propriétaire d'un immeuble, si cet immeuble n'excède pas le montant de la somme nécessaire au paiement de la dette alimentaire?

Nous venons de voir que l'art. 908 s'appliquait dans l'espèce; ce texte en effet dispose pour tous les enfants illégitimes, lorsqu'il parle des enfants naturels, et il se réfère à l'art. 762 aussi bien qu'à l'art. 757; c'est un point universellement admis. Nous n'en dirions pas autant de l'art. 761, car la loi ne leur accorde que ce qui est nécessaire pour vivre, et un pareil droit ne saurait admettre la réduction.

La section de Législation avait proposé un article (art. 50 du projet) ainsi conçu: « Le remboursement du capital des aliments pourra cependant être ordonné à la majorité de l'enfant, si ce remboursement est jugé utile pour lui assurer un état, et si sa conduite passée présente une garantie suffisante de sa conduite future ». Cet article a été supprimé: 1° parce qu'il donnait à l'enfant adultérin

ou incestueux un droit que n'avait pas l'enfant naturel simple : 2° parce que ses auteurs auraient été obligés de discuter avec lui l'état de leur fortune (Loché X, p. 20 et 92).

Aucun article semblable à l'art. 159 n'étend aux descendants légitimes de l'enfant adultérin ou incestueux, le droit de réclamer les aliments que l'art. 762 accorde à ces enfants eux-mêmes. Néanmoins, étant donné le principe suivi à l'égard des descendants légitimes des enfants naturels simples, il semble possible d'étendre l'art. 759 dans notre espèce ; on le doit même, croyons-nous.

Nous voici arrivés à la fin de la liste des exceptions qui restreignent la portée du principe que nous avons énoncé au début de la matière. Et c'est ainsi que l'enfant adultérin ou incestueux n'est point admis, même en l'absence d'héritiers, à exercer sur l'hérédité de son père ou de sa mère, les droits successifs dont jouissent les enfants naturels simples (art. 762 al. 1). Ainsi encore les père et mère de cet enfant ne peuvent, comme les auteurs d'un enfant naturel dont la naissance est le résultat non d'un crime, mais d'une faiblesse, exercer sur sa personne et ses biens, les droits de puissance paternelle et de succession que nous avons étudiés ; aucun article en effet n'autorise à soutenir le contraire ; spécialement, pour les droits de succession, c'est à tort que Loiseau présente une doctrine différente ; l'art. 765 ne saurait être étendu à notre hypothèse.

Enfin nous ne pensons pas davantage que les frères et

sœurs d'un enfant adultérin ou incestueux puissent lui succéder non plus, en aucun cas, pour aucune sorte de biens, car il n'existe pas non plus pour eux d'article semblable à l'article 766. Ce texte ne s'applique évidemment qu'aux enfants naturels simples ; les termes dans lesquels il est conçu, sa place, enfin son caractère exceptionnel le prouvent d'une façon indiscutable.

Appendice. — Examen sommaire des propositions de réforme sur notre sujet

Nous avons terminé l'étude de la législation actuellement en vigueur sur la condition des enfants naturels.

C'est un moyen terme entre notre ancien droit qui traitait les bâtards avec le plus complet mépris en ne leur accordant que des aliments, et le régime de réaction de la loi du 12 brumaire an II qui les assimila aux enfants légitimes.

Les améliorations apportées par le Code civil à la condition des enfants naturels, telle qu'elle résultait de notre ancien droit, ne paraissent plus aujourd'hui suffisantes à un grand nombre d'esprits.

Certains écrivains sont d'avis de revenir purement et simplement au système de la loi du 12 brumaire an II. Cette opinion résulte d'une certaine tendance à battre en brèche l'institution du mariage, du moins dans ce qu'elle

a d'arbitraire et d'artificiel, pour faire la part plus large à la nature, à l'équité, et à la volonté expresse ou tacite des parents naturels.

Nous avons déjà vu s'accomplir une application considérable de cet esprit nouveau dans l'abolition de l'indissolubilité du mariage, c'est-à-dire dans le rétablissement du divorce. La réforme demandée en matière successorale est la suite de la même évolution. On permet aux époux par le divorce de briser leur mariage, lorsqu'il n'est plus conforme à leur inclination, à leurs sentiments, en un mot quand il cesse d'avoir pour base une union naturelle, et n'est plus qu'un rapport conventionnel et fictif. En étendant les droits successoraux de l'enfant naturel, on donne effet à une union de pur fait, dégagée de tout rapport conventionnel, et de toute fiction. L'institution du divorce fait de l'amour une condition nécessaire au mariage ; l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes attribue de pleins effets à l'union libre, dégagée de tout appareil solennel. Aux yeux de ces novateurs en un mot, il faut consacrer les effets que la nature seule produit, comme on doit briser les unions où l'amour n'est plus, et qui sont devenues purement fictives.

En janvier 1894, M. Naquet présentait à la Chambre des députés une proposition de loi, aussi nette que laconique, ayant pour objet de modifier l'art. 756 C. civ. de la façon suivante : « Les enfants naturels reconnus ont les mêmes droits de successibilité que les enfants naturels ».

Au Sénat, en février 1894, MM. Demôle et Tolain déposèrent une proposition de loi conçue dans le même esprit, mais plus développée (Voir au *Journal officiel* les documents parlementaires du Sénat, année 1894, mars-avril, p. 64, annexe n° 20). Il nous semble intéressant de rapporter les parties de cette proposition qui touchent notre sujet, non pas que nous croyions que ces dispositions aient chance d'être acceptées dans leur entier, mais parce que ce travail marque et précise un mouvement considérable de l'opinion, en vue d'affaiblir l'organisation du mariage et de la famille, telle qu'elle résulte du Code civil.

Aux termes de l'art. 1^{er} de la proposition Demôle « les enfants naturels reconnus héritent de leurs père et mère au même titre et de la même façon que les enfants légitimes, et toutes les dispositions édictées en faveur de ceux-ci aux titres des successions, des donations et des testaments, leur sont applicables. — Ils n'ont aucun droit dans les successions des parents de leurs père et mère.

Art. 2. En cas de prédécès de l'enfant naturel, la représentation, dans les termes de l'art. 740 C. civil est admise au profit de ses enfants ou descendants légitimes.

Art. 3. L'enfant naturel, qui hérite de ses père et mère, est tenu vis-à-vis des ascendants de ceux-ci, dans la proportion de son émolument dans la succession, de la dette alimentaire telle qu'elle est réglée par les articles 206 et 207 C. civ.

Art. 4. Les dispositions de l'art. 1^{er} de la présente loi ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments. Ces aliments sont réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers.

Art. 8. L'art. 723 C. civ. est modifié de la manière suivante : « La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes et naturels : à leur défaut, les biens passent à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'Etat ». — L'art. 724 C. civ. est modifié de la manière suivante : « Les héritiers légitimes et les enfants naturels reconnus, au cas où ils sont appelés à se porter héritiers, sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. L'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées.

L'art. 913 C. civ. est modifié de la manière suivante : « Les libéralités soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ou un enfant naturel légalement reconnu, le tiers s'il laisse deux enfants, soit légitimes, soit naturels légalement reconnus, le quart s'il en laisse 3 ou un plus grand nombre.

Art. 9. L'art. 53 de la loi du 28 avril 1816, est modifiée comme suit : « Lorsque l'époux survivant est appelé à la succession, il sera considéré, quant à la quotité du droit, comme personne non parente. L'enfant naturel légalement

reconnu appelé à la succession *ab intestat* ou testamentaire de son auteur, sera considéré, quant à la quotité des droits, comme descendant légitime.

Art. 10. Les art. 338, 756 à 766, 773, 908 C. civ. sont abrogés.

Disposition transitoire. — Les enfants naturels légalement reconnus au jour de la promulgation de la présente loi, ou leurs descendants, pourront demander l'exécution des prescriptions qui s'y trouvent édictées pour toutes les successions qui s'ouvriraient postérieurement à la date de cette promulgation.

Les commissions de la Chambre des députés et du Sénat sont allées moins loin. Bien que d'ailleurs ces commissions ne soient pas tout-à-fait d'accord, elles sont également d'avis de faire un traitement plus favorable aux enfants naturels. On trouve dans leurs rapports deux points communs (V. J. O. 27 avril 1894. Doc. parl. du Sénat 1894. p. 4 annexe, 8) :

1° Consécration législative des décisions que la jurisprudence appliquait aux enfants naturels par une interprétation de faveur du Code civil. Donc l'enfant naturel sera héritier et non pas seulement *loco heredis*.

2° Dispositions extensives des droits des enfants naturels, mais n'allant pas jusqu'à leur assimilation avec les enfants légitimes.

Sur le 1^{er} point, nous nous bornons à nous référer à ce que nous avons dit au cours de notre étude.

Sur le 2^e point, voici les principales innovations :

a) Le droit de l'enfant naturel en concours avec des enfants légitimes, est augmenté sans être rendu égal à celui des enfants légitimes ; il est de la moitié de la portion héréditaire que l'enfant aurait eue s'il eût été légitime.

Quant au mode de calcul, il y a divergence entre les commissions de la Chambre et du Sénat ; la première adopte un mode de calcul, indiqué plus haut, consistant à supposer le nombre des enfants légitimes double de ce qu'il est réellement ; la commission du Sénat au contraire adopte le mode de calcul actuellement suivi en jurisprudence, et qui est moins favorable aux enfants naturels.

b). En présence d'ascendants, les commissions augmentent les droits des enfants naturels, mais sans sacrifier les premiers. La commission de la Chambre des Députés donne aux enfants naturels la moitié en toute propriété, et l'autre moitié en nue propriété. Celle du Sénat leur donne les 3/4 en propriété, mais leur refuse la nue propriété de l'autre quart dévolu aux ascendants.

c). En présence de frères et sœurs, les commissions sont en désaccord. A la Chambre on exclut complètement les frères et sœurs ou descendants d'eux au profit des enfants naturels. Le Sénat assimile au contraire ce cas au précédent, en donnant les 3/4 à l'enfant naturel, et l'autre quart aux frères et sœurs ou neveux du *de cujus*.

d). L'art. 908 relatif à l'incapacité de recevoir de l'enfant naturel, n'est pas abrogé, mais modifié. Les commis-

sions des deux Chambres sont d'accord pour distinguer selon que l'auteur de l'enfant naturel dispose à son profit par donation entre-vifs. Au premier cas, l'incapacité subsiste, c'est-à-dire que l'enfant naturel ne peut recevoir, par donation entre-vifs, plus que sa part héréditaire. Mais, par legs, son auteur peut lui laisser toute sa quotité disponible, sauf une restriction au cas où l'enfant naturel se trouve en concours avec des enfants légitimes : il ne faut pas que le disposant laisse alors à son enfant naturel plus d'une part d'enfant légitime le moins prenant.

Remarquons enfin qu'aucune amélioration n'est apportée à la condition des enfants incestueux ou adultérins.

Telles sont les principales modifications du Code civil proposées par les commissions des Chambres. Nos vœux sont en faveur des propositions de ces commissions que nous croyons plus prudentes, au point de vue de l'ordre social, que les propositions Naquet et Demôle ; de plus, entre les propositions des commissions, nous penchons vers celle du Sénat.

Certes la liberté ne saurait être sans tyrannie mécon nue par le législateur. S'il convient à deux personnes majeures, maîtresses de leur volonté, de contracter union sans se soumettre aux formalités compliquées du mariage, il serait inique de ne pas sanctionner les rapports de filiation qui les lient aux enfants nés de leur union, et de faire passer leur fortune, contre leur intention la plus évidente, à des collatéraux dont ils ignorent souvent l'existence, au lieu de l'attribuer à leurs enfants.

Il n'en est pas moins vrai que ces unions libres, qui peuvent être défaites aussi facilement qu'elles sont formées, et remplacées par une ou plusieurs autres, successivement ou même concurremment, ne peuvent être considérées comme la base de la famille. Le fondement de celle-ci ne peut être que dans le mariage contracté en certaines formes, qu'on pourrait sans doute simplifier, mais qu'on ne saurait supprimer, en tant qu'ayant pour objet de constater une volonté sérieuse et d'en assurer la preuve.

Certes le mariage n'est plus indissoluble, mais du moins sa rupture est nécessaire pour qu'on puisse en contracter un autre. Avec l'union libre, en thèse générale, il n'y a pas de famille, du moins dans l'état actuel de nos mœurs qu'il n'appartient pas au législateur de changer. Or la constitution de la famille est nécessaire au bon ordre et au bien-être général. C'est dans le milieu de la famille que les enfants s'instruisent, prennent des encouragements et des exemples ; c'est dans la famille que nous trouvons appui, assistance et des capitaux d'établissement ; elle participe à nos joies, nous console dans l'adversité. La famille seule peut nous fournir tout ce secours, car seule elle nous a vus dès le berceau, a suivi nos progrès, connaît le fort et le faible de notre nature. Hors de la famille, nous ne rencontrons le plus souvent que résistance, défiance, indifférence.

Tels sont les bienfaits que la famille dans l'immense majorité des cas procure à l'individu ; il nous serait aisé

de montrer ses avantages à bien d'autres points de vue, de faire voir qu'elle élève et développe les sentiments les plus nobles et les plus utiles à la société ; elle est l'intermédiaire indispensable entre l'individu et la patrie, la gardienne des plus saines traditions. Voilà pourquoi le législateur doit favoriser la cohésion de la famille, éviter d'y laisser pénétrer des éléments de discorde, de haine, de désordre, de briser la confiance réciproque que doivent s'accorder les membres d'une même famille.

On invoque, en faveur des enfants naturels, l'égalité des devoirs que l'équité impose aux parents envers tous leurs enfants, sans qu'il y ait à distinguer s'ils les ont ou non d'une union régulière. On dit que l'ordre successoral étant basé sur l'affection présumée, la logique veut que l'enfant naturel passe avant les ascendants et les frères, sœurs et neveux. Mais que deviennent cette équité et cette logique à l'égard des enfants naturels incestueux ou adultérins, auxquels les plus chauds partisans d'une réforme radicale de la législation n'accordent que des aliments !

N'est-ce pas au nom du bon ordre dans la famille et dans la société qu'on restreint leurs droits, et ne fait-on pas ici prévaloir l'utilité sociale sur la liberté individuelle ? On espère, en plaçant les enfants naturels sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes, diminuer les discordes entre les enfants d'un même père, la jalousie et la haine des premiers vis-à-vis des seconds. Mais ne voit-on pas que pour satisfaire les enfants naturels, du père par exem-

ple, on excitera les colères de ces enfants légitimes qui seront d'autant plus vives et redoutables, qu'elles seront sans cesse entretenues par le mécontentement de leur mère, l'épouse légitime. Ces enfants légitimes ne vont-ils pas s'estimer, comme leur mère elle-même, victimes d'une sorte de fraude de leur père, et le remède proposé n'est-il pas pire que le mal ?

Nous reconnaissons qu'il y a lieu d'améliorer et de régulariser la condition des enfants naturels ; mais nous croyons que la proposition de la commission du Sénat satisfait à ce besoin d'une façon suffisante. Aller plus loin, ce serait enlever au mariage les avantages matériels qu'il confère, affaiblir son importance, la dignité et le respect dont il est entouré ; la conséquence serait de diminuer dans une large proportion le nombre des unions régulières, de compromettre ainsi l'existence de la famille, et par suite l'ordre social lui même.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Effets de la filiation naturelle	
Introduction et division	3

PREMIÈRE PARTIE

Enfants naturels simples

Généralités sur la reconnaissance volontaire ou judiciaire.	9
--	---

CHAPITRE I

<i>Condition de l'enfant au point de vue des droits qui n'augmentent pas son patrimoine</i>	13
---	----

Nationalité.....	13
Nom	14
Droits et devoirs résultant de la parenté naturelle.....	16
Droit d'éducation, de garde, de correction.....	19
Droit de jouissance légale et d'administration légale...	24
Mariage.....	29

CHAPITRE II

<i>L'enfant naturel au point de vue de l'augmentation des biens</i>	40
---	----

SECTION I

Obligation alimentaire

Les enfants naturels y ont-ils droit ?	40
A qui appartient l'exercice de l'action tendant à obtenir le paiement de la dette alimentaire ?	41
Un enfant naturel a été reconnu par un auteur marié avec une femme autre que la mère : peut-il réclamer des aliments ?	43

SECTION II

Des successions

§ 1 ^{er} . Historique	45
§ 2. Nature du droit : conséquences	46
§ 3. Fixation des droits successifs	53

SECTION III

Donations et Testaments

Caractères du rapport comparés avec l'imputation	64
---	----

Art. 908. Son but : Edicte-t-il une indisponibilité ou une simple incapacité ?.....	74
Sanction de ce texte.....	83
Les auteurs de l'enfant naturel peuvent-ils déclarer que les libéralités qu'ils lui ont faites seront réunies à la masse ?.....	85
Un père naturel épouse une femme autre que la mère de l'enfant ; il le reconnaît au cours du mariage : prévoyant que l'art. 337 le privera de droits successifs, il lui fait un don ou un legs important : cette libéralité doit-elle être exécutée ?.....	90
Peut-on renoncer au bénéfice de l'art. 337 ?.....	96

SECTION IV

Peut-on réduire la part de l'enfant naturel ?	97
A. Par voie directe, art. 761. Comment entendre cet article ?.....	98
La réduction porte-t-elle sur la moitié de la réserve, ou sur la moitié de la part <i>ab intestat</i> ?.....	105
A qui profite la réduction si quelques enfants naturels ont été réduits et d'autres non ?.....	107
Dans l'intérêt de qui est édictée la réduction de l'art. 761 ?.....	108
B. Par voie indirecte. L'enfant naturel a-t-il une réserve	

dans la succession de ses auteurs ?.....	110
Comment la calcule-t-on ?.....	112
Sur quels biens est-elle prise ?.....	114
Comment et par qui doit-elle être fournie ?.....	116

DEUXIÈME PARTIE

Enfants adultérins et incestueux	121
Appendice final.....	132



POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

Droit Romain.

I. En principe, à toutes les époques, les enfants naturels sans distinction, au point de vue du droit public, ont joui de la même capacité que les enfants légitimes. Leur origine n'était une cause d'infériorité que lorsqu'ils étaient en compétition avec un enfant légitime.

II. Jusqu'à Constantin, tous les enfants naturels, même lorsqu'ils étaient issus du concubinat, ont été complètement étrangers à leur père et traités comme tels.

III. Un empêchement à mariage, existant lors de la conception de l'enfant, mettait obstacle même à la légitimation par rescrit du prince.

IV. Dans le droit de Justinien, les enfants *vulgo concepti* d'une *mater illustris* étaient assimilés aux enfants nés du *stuprum* ; il en était différemment des enfants nés du concubinat.

Droit Civil.

I. La reconnaissance judiciaire produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire.

II. Les parents naturels sont tenus du devoir d'éducation à l'égard de leurs enfants : ils ont le droit de garde et de correction ; ce dernier est même plus libéralement accordé par le Code à la mère naturelle qu'à la mère légitime.

III. Les père et mère naturels n'ont ni l'administration, ni la jouissance légale, ni la tutelle légitime.

IV. Lorsque l'enfant naturel ne s'est pas conformé à l'art. 159, son mariage ne peut être annulé ; le tuteur *ad hoc* dont il est question dans ce texte, est nommé par le tribunal, et non par le conseil de famille.

POSITIONS HORS THÈSE

Droit Romain.

En cas d'éviction, l'acheteur pouvait au moins obtenir, par l'action *ex empto*, la restitution intégrale du prix.

L'échéance du terme ne suffisait pas pour mettre le débiteur en demeure.

L'action dite Publicienne rescisoire, n'était pas une action distincte, mais simplement une application de l'*in integrum restitutio*.

Les romains n'ont pas connu la théorie tripartite des fautes.

Droit Civil.

Les servitudes ne peuvent pas être acquises par la prescription de 10 à 20 ans.

Les successeurs irréguliers sont tenus *ultra vires* du paiement des dettes.

Les héritiers légitimes et successeurs irréguliers sont tenus *ultra vires* du paiement des legs.

Les légataires n'ont pas d'hypothèques légales sur les immeubles de la succession.

Droit Commercial.

La partie de la dette qui a été remise par le Concordat n'est pas soumise au rapport.

Après le jugement déclaratif de faillite, le vendeur, qui a perdu son privilège faute de l'avoir inscrit à temps, conserve néanmoins son action résolutoire.

Droit Constitutionnel.

Le Sénat a le droit de rétablir les crédits supprimés par la Chambre des députés.

L'Assemblée nationale constituante ne peut délibérer que sur les points qui lui sont soumis par la loi de révision.

Vu par le Président de la Thèse :

E. GARSONNET.

Vu par le Deyen :

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie :

GRÉARD.

DROIT FRANÇAIS

Des Effets de la Filiation naturelle.

DROIT FRANÇAIS

Des effets de la filiation naturelle.

INTRODUCTION

L'enfant naturel ou illégitime, est celui qui est né des relations de deux personnes non mariées.

On distingue trois classes d'enfants naturels :

1° Les enfants naturels simples. Cette expression ne se trouve pas dans les textes ; elle a été imaginée par la doctrine. On désigne ainsi les enfants dont les auteurs ne sont pas mariés ensemble sans doute (*ex soluto et soluta*) mais entre lesquels un mariage serait possible, attendu qu'aucun empêchement fondé sur la parenté ou l'alliance, ne s'y oppose. Lorsque la loi, sans préciser davantage, parle des « enfants naturels », elle a généralement en vue les enfants naturels simples.

2° Les enfants adultérins. Ce sont les enfants qui sont nés du commerce de deux personnes non mariées ensemble et dont l'une, au moins, ou, à plus forte raison, toutes les deux étaient, au moment de la conception, engagées

dans les liens du mariage. Ainsi est adultérin l'enfant né des relations d'une fille libre avec un homme marié, ou d'un homme et d'une femme mariés, mais non ensemble. Dans le premier cas, l'enfant est le fruit d'un adultère simple, dont la mère a été complice ; dans le second, sa naissance est le fruit d'un double adultère.

3° Les enfants incestueux. Un inceste leur a donné naissance ; autrement dit, entre leurs auteurs, il existait un empêchement à mariage pour raison de parenté ou d'alliance. C'est, par exemple, l'enfant dont les parents étaient frère et sœur, ou qui est issu du commerce d'un beau-frère avec sa belle-sœur.

Bien que notre programme ne comporte pas de longs développements à cet égard, disons que pour savoir si un enfant illégitime est naturel simple, adultérin ou incestueux, c'est à l'époque de la conception qu'il faut se reporter ; car la qualité d'un enfant dépend, sans aucun doute, de la nature du commerce de ses auteurs lorsqu'ils l'ont procréé. Quant au moment où l'enfant a été conçu, on doit pour le savoir, appliquer la présomption des articles 342 et suiv., C. ; on aura soin, au surplus, de prendre toujours le parti le plus favorable à l'enfant dans le calcul des délais.

Tous les enfants illégitimes sont l'objet de règles spéciales édictées dans un intérêt social ; mais ces règles n'ont trait qu'à leurs rapports avec leurs parents ; en effet le vice de leur naissance n'est pour eux la cause d'aucune infériorité ou incapacité à l'égard de toutes autres person-

nes. C'est ainsi qu'ils jouissent, au même degré que les enfants légitimes, des droits civils et politiques, qu'ils sont comme eux aptes à briguer et à occuper toutes les fonctions publiques ; qu'ils peuvent transmettre et recevoir par succession, qu'ils sont capables de contracter, de recevoir, de donner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.....

Nous n'avons donc à nous occuper que des rapports de l'enfant naturel avec ses parents. Mais, sur ce point, sa condition est différente de celle des enfants nés du mariage, sa capacité est restreinte ; de plus, même à cet égard, tous les enfants illégitimes ne sont pas soumis aux mêmes mesures ; car la loi se montre toujours plus favorable aux enfants naturels simples qu'aux enfants adultérins ou incestueux ; ces différences, comme celle qui sépare les enfants légitimes de ceux qui ne le sont pas, s'expliquent (nous ne dirons pas se justifient, car somme toute, le système du Code arrive à frapper des innocents) par cette considération, d'une part, qu'il importe de garantir l'institution du mariage, et par cette remarque, d'autre part, que l'enfant naturel, simple fruit d'une faiblesse, devait, étant donné l'esprit du système adopté par le législateur, être traité plus favorablement que les enfants adultérins ou incestueux dont la naissance provient d'un crime.

Jusqu'à présent nous n'avons vu que trois classes d'enfants illégitimes ; nous ne voulons pas en signaler une quatrième ; seulement, les enfants illégitimes ont ou n'ont

pas une filiation légale. S'ils en ont une, ils sont répartis dans les trois catégories que nous venons d'indiquer ; s'ils n'en ont pas, sans distinction, ils sont, en droit, des enfants naturels simples, alors même qu'en fait, ils seraient issus d'un adultère ou d'un inceste.

Débarrassons-nous de cette subdivision sur laquelle pourtant nous aurons incidemment à revenir, en faisant connaître d'une manière générale, en quelques mots qui suffiront parfaitement, la situation qui est faite à l'enfant naturel non connu. Cet enfant est né hors mariage, et il ne connaît, même pas en fait, ses auteurs, ou bien, s'il les connaît en fait, il n'a pas pu ou n'a pas tenté de faire établir par justice sa filiation. Nous venons de le désigner d'après sa qualification juridique ; il en a une autre plus courante, on l'appelle aussi enfant trouvé. Sa capacité est pleine et entière, puisque les restrictions légales ne visent que les rapports de l'enfant illégitime avec ses parents, et qu'il n'a pas de parents. Aussi le Code ne s'en occupe-t-il pas.

Il naît Français, s'il est né en France ou trouvé en France, ce qui fait présumer qu'il y est né (art. 8, n° 2 C. Loi du 26 juin 1889). Mais il n'a de famille que celle qu'il se créera par la suite ; au surplus, il est soumis à toutes les règles du droit commun. L'Etat prend soin de son enfance. Nous terminerons à son sujet, en signalant que l'art. 159. C. lui est applicable. Nous commenterons en temps et lieu, ce texte qui lui est commun avec l'enfant naturel reconnu, dans une hypothèse.

Après ces préliminaires, il nous faut indiquer quel est le plan que nous comptons suivre. Le Code distingue trois classes d'enfants illégitimes ; mais, comme il fait la même situation aux enfants adultérins et incestueux, il faut réduire cette classification tripartite ; aussi ne diviserons-nous la matière qu'en deux parties. Dans une première partie, nous étudierons la condition des enfants naturels simples, et dans une deuxième partie, celle des enfants adultérins ou incestueux. Celle-ci ne demande pas à être subdivisée, surtout après les développements que nous aurons fournis lorsque nous en aborderons l'étude ; mais il n'en est pas de même de la première que nous scinderons en deux chapitres ; dans le premier, nous nous occuperons de la condition de l'enfant naturel simple, au seul point de vue des droits qui ne peuvent tendre à augmenter son patrimoine ; dans le second, nous traiterons de sa condition au point de vue de l'acquisition des biens.



PREMIÈRE PARTIE

De la condition des enfants naturels simples. — Généralités

Avant la reconnaissance, l'enfant naturel a bien en réalité une filiation, mais elle est ignorée par la loi ; c'est la reconnaissance qui la révèle et la constate ; elle est donc simplement déclarative, nullement attributive d'état. Il en résulte qu'elle produit un effet rétroactif ; lorsqu'il a été reconnu, l'enfant naturel est réputé avoir toujours eu l'état que la reconnaissance fait apparaître ; on est ou on n'est pas enfant de telle personne ; mais si on l'est, on l'a toujours été. Telle est la règle ; la reconnaissance produit effet dans le passé. Ainsi un mariage contracté par l'enfant naturel avec un de ses parents ou alliés au degré prohibé (C. civil, art. 161 et 162), pourrait être annulé, bien que la reconnaissance qui fait apparaître la parenté ou l'alliance, fût postérieure à la célébration du mariage. Nous aurons par la suite beaucoup d'autres conséquences à déduire de ce principe.

On distingue deux sortes de reconnaissances : la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée ; la loi autorise l'emploi de cette dernière expression qui paraît singulière, le mot reconnaissance impliquant, semble-t-il, une idée d'un fait volontaire, en plaçant les articles qui y

ont trait dans une section intitulée « De la reconnaissance des enfants naturels » ; dans les deux cas donc il y a reconnaissance ; et l'on en peut conclure que tous les textes qui parlent des enfants naturels légalement reconnus, sont applicables aux enfants dont la filiation a été constatée judiciairement, aussi bien qu'à ceux dont la filiation est établie par une reconnaissance volontaire. Ce point ne saurait faire doute, et, au surplus, on s'accorde à décider que le Code n'ayant pas édicté de règles spéciales pour la reconnaissance judiciaire, ses effets sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire. Il n'y a de divergences que sur des points de détail.

La reconnaissance volontaire ou judiciaire n'établit la filiation de l'enfant que par rapport à celui de ses auteurs contre lequel elle est prononcée ou de qui elle émane, et non par rapport à l'autre. De plus, elle ne crée de lien qu'entre l'enfant et son auteur direct, nullement entre l'enfant et les parents de son père ou de sa mère ; en effet, si elle est volontaire, elle est un aveu, toujours elle est la constatation d'une faute ; or les conséquences de l'aveu ou de la faute sont personnelles.

L'enfant naturel n'entre donc pas dans la famille de son père et de sa mère, vis-à-vis desquels sa filiation est établie. D'où il résulte que la famille d'un enfant naturel est toujours fort restreinte. Elle ne peut comprendre que ses descendants légitimes ou naturels ; et en ligne ascendante, seulement ses père et mère au plus. Ses enfants légitimes seront-ils petits-enfants naturels des père et mère

de leur auteur ? Nous le croyons ; autrement la loi ne leur conférerait pas les bénéfices énoncés par les art. 332 et 759 C. Mais il ne faut pas admettre la réciprocité au profit des grands parents naturels : les père et mère d'un enfant naturel, ne peuvent succéder aux descendants même légitimes de ce dernier, ni invoquer contre eux aucune obligation alimentaire ; en effet, même pour ce dernier cas qui paraît favorable, on ne peut étendre les art. 205 et 207 C. qui d'après leur place, et l'intitulé du chapitre, ne visent que les ascendants légitimes. Quant aux enfants naturels de l'enfant naturel, ils sont absolument étrangers aux auteurs de leurs père et mère. En ligne collatérale, l'enfant naturel a des frères naturels (art. 766 C.).

Tels sont les seuls membres de la famille de l'enfant naturel reconnu ; la loi ne lui accorde pas d'autres parents. A certains point de vue, il est vrai, comme nous le verrons par la suite, le Code ne limite pas aux seules personnes que nous venons de nommer les effets de la filiation ; mais ce n'est que pour édicter des incapacités ; ce serait donc tout au plus une parenté ou une alliance négatives qu'il consacrerait. Il ne donne en effet à l'enfant naturel aucun des avantages attachés à la parenté ou à l'alliance légitimes ; il se borne à appliquer entre les personnes auxquelles nous faisons allusion, les prohibitions et incapacités légales fondées sur le fait naturel de la parenté ou de l'alliance. Telles sont les prohibitions de mariage des art. 161 et 162 C., les incapacités des art. 251 et 975 C., 268 et 283

Pr. et 332 I. C. ; enfin, les présomptions des art. 911 et 1100 C.

A présent que nous connaissons la parenté naturelle, voyons les effets qui en résultent.



CHAPITRE PREMIER

De la condition de l'enfant naturel au seul point de vue des droits qui ne peuvent tendre à augmenter son patrimoine.

Tout d'abord quelle est sa nationalité ?

L'art. 8 C., modifié par la loi du 26 juin 1889, statue en ces termes dans son paragraphe 1^{er} 2^e phrase : « L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui de ses parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père ou la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père. »

Malgré un vice de rédaction qui consiste à employer la disjonctive « ou » à la place de la conjonctive « et », cet article est très clair ; le premier des auteurs de l'enfant qui l'aura reconnu, lui donnera sa nationalité ; si son père et sa mère l'on reconnu en même temps, il suivra la nationalité du père. Mêmes règles si la reconnaissance est judiciaire. Voilà pour l'acquisition de la nationalité française *jure sanguinis* ; il est aussi soumis aux règles du *jus soli* qui régissent la nationalité des enfants légitimes ; nous n'aurions rien à ajouter, et nous nous bornerions sur ce point à constater une application pure et simple du

droit commun, si la loi du 22 juillet 1893, en venant modifier l'art. 8 § 3 C., n'avait été obligée de s'occuper de lui.

Avant cette loi, l'enfant légitime né en France d'un étranger qui lui même y était né, était Français et ne pouvait décliner cette qualité ; l'art. 8 § 3 nouveau le lui permet, lorsque c'est sa mère qui est née en France. Quelle sera, dans l'espèce, la situation de l'enfant naturel ? L'art. 8 § 4, ajouté en 1893, va nous l'apprendre : « L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français, quand le parent qui est né en France, n'est pas celui dont il devrait aux termes du paragraphe 1^{er}, 2^e alinéa, suivre la nationalité. » Si donc l'auteur qui l'a reconnu en premier n'est pas né en France, ou si en cas de reconnaissance simultanée, la mère seule est née en France, l'enfant naturel jouira de la faculté qui est reconnue à l'enfant légitime dont le père au moins est né à l'étranger.

Quel nom devra-t-on donner à l'enfant naturel ?

Le Code ne s'occupe pas plus de la question à propos des enfants naturels, qu'à propos des enfants légitimes. Le plus sûr, croyons-nous, est de s'en rapporter à l'usage. Tout d'abord l'enfant naturel non reconnu, ni volontairement, ni par jugement, n'a aucun droit au nom de ses auteurs. Il y a une décision en ce sens du ministre de la justice (Dalloz V^o Nom, n^o 14).

Dans l'ancien droit, l'enfant naturel dont la filiation était légalement établie, pouvait porter le nom de celui de ses auteurs qui l'avait reconnu (Ferrière, Dictionnaire

de Droit et de pratique, V^o nom ; Augeard, arrêts notables I p. 64). Il en est de même encore aujourd'hui, car le nom est une des conséquences juridiques du rapport que la reconnaissance a fait naître (Loché, Lég. II p. 34 n^o 2. Proud'hon et Valette I p. 120 et 122. Zachariæ, édit. Massé et Vergé I p. 336. Marx 2^e part. p. 61. Sallier, De la propriété des noms et des titres p. 48). Que faut-il décider si la reconnaissance a eu lieu simultanément par le père et la mère ? Trois systèmes sont en présence : 1^o L'enfant aura le nom de son père (Demolombe, Paternité et filiation n^o 543. Marx. loc. cit.); 2^o Il portera les noms réunis de ses deux auteurs (Laurent IV p. 187); 3^o Le tribunal donne à l'enfant le nom qui lui est le plus avantageux.

Nous préférons le premier système, car lui seul est conforme à la tradition, notre guide unique en la matière, et l'on ne voit pas pourquoi, sur ce point, les effets de la filiation naturelle différeraient de ceux de la filiation légitime.

Si l'enfant naturel est reconnu postérieurement à la rédaction de son acte de naissance, nous pensons, avec l'opinion générale, qu'il convient d'adopter encore la solution admise dans l'hypothèse précédente. — Mais il y a controverse dans le cas où la filiation a été établie d'abord à l'égard de la mère, ensuite à l'égard du père ; trois systèmes sont encore ici proposés. Le premier confie au Tribunal comme tout à l'heure le soin de nommer l'enfant ; le second lui donne, conformément au principe qu'il a déjà consacré, les noms cumulés de ces auteurs (Laurent,

op. et loc. cit.). C'est ce dernier système qui nous paraît le plus juridique.

Lorsque l'enfant a été reconnu au cours du mariage par son père, M. Bouvy (des noms des personnes, p. 29) lui dénie le droit de porter le nom paternel en vertu de l'art. 337, attendu qu'il en résulterait un préjudice moral et même matériel, pour le conjoint et les enfants légitimes. Nous ne souscrivons pas à cette opinion. A notre avis, l'art. 337 ne vise nullement les préjudices purement moraux. Quant au préjudice matériel, nous ne l'apercevons pas ; il ne peut être question, en effet, que du cas où l'enfant naturel ferait du commerce et ne réussirait pas ; or, la faillite n'occasionne aucun dommage pécuniaire en raison de la seule communauté du nom (Mourlon, Répét. écrites sur le C. C. I, n° 978).

Demandons-nous maintenant quels sont les droits et les devoirs attachés à la communauté du sang que la loi consacre entre parents et enfants naturels. Cette question, la plus importante de notre chapitre est controversée. Le Code, en effet, ne formule sur le point qui nous occupe aucune disposition générale ; on y trouve bien quelques textes donnant des indications de détail, mais, nulle part, un principe qui permette de résoudre toutes les difficultés. Cette lacune a donné naissance à trois systèmes profondément différents sur le point de départ même qu'il convient d'admettre : le premier accordant aux père et mère naturels tous les droits des père et mère légitimes à l'exception de ceux qui leur sont expressément refusés (Locré sur

l'art. 372 ; Loiseau. Des enfants naturels, p. 350 et suiv. et appendice, p. 34 et 35) ; le deuxième ne leur conférant que les droits explicitement ou implicitement consacrés par les textes (S. 13, 2, 19) ; enfin le dernier adopté par MM. Aubry et Rau (VI § 571. Demolombe VI, nos 615, 621 et 622. Marcadé sur l'art. 383, n° 4. Lyon, 8 mars 1859. S. 59, 2, 431) leur reconnaît à l'instar des père et mère légitimes les droits qui découlent des devoirs d'éducation, de direction et de protection, sauf aux tribunaux à restreindre et à suspendre l'exercice de ces droits lorsque l'intérêt des enfants l'exige.

Nous adoptons ce troisième système, qui tient le milieu entre les deux autres, parce qu'il trouve une solide base dans les art. 168 et 383, qu'il est justifié par les travaux préparatoires (Locré, Leg. VII p. 37 n° 17, p. 62 n° 13, p. 75 n° 8), qu'en outre il est plus conforme à la morale et surtout à l'intérêt des enfants, enfin, parce que la loi veut honorer le mariage, et qu'elle ne peut, par conséquent, reconnaître aux parents naturels d'autres droits que ceux qui sont établis dans l'intérêt de l'enfant légitime. Nous n'accorderons donc aux père et mère naturels que les droits qui sont corrélatifs aux devoirs auxquels ils sont soumis ; et, d'autre part, nous leur reconnaissons ces droits, abstraction faite de toute disposition spéciale. En pratique nous ne trouvons aucun inconvénient à cette doctrine, puisque les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire, qui, lui-même, se justifie par cette idée que la loi ne pouvant accorder aux parents naturels la même

confiance illimitée qu'aux père et mère légitimes, a dû confier aux magistrat le soin d'apprécier le véritable intérêt de l'enfant.

Essayons de déduire les conséquences de notre principe qui régit non seulement les rapports des parents à l'égard des enfants, mais encore ceux des parents entre eux ; et tout d'abord voyons quels sont les attributs de la puissance paternelle qui sont reconnus aux père et mère naturels. Nous n'avons sur cette importante matière que l'art. 383 ainsi conçu : « Les art. 376, 377, 378 et 379 sont communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. »

L'enfant naturel, tout comme le légitime, doit, nous ne nous y opposons pas, à tout âge, honneur et respect à ses parents ; ce n'est là en effet, qu'un précepte de pure morale, que le législateur a cru devoir placer au frontispice de son œuvre, mais auquel il n'attache pas d'autres conséquences que celles qu'il déduit lui-même ; dans ces conditions, rien ne s'oppose à le déclarer applicable à l'enfant naturel (Demolombe VI n° 608. Aubry et Rau VI p. 210 § 571). En retour, ses parents sont tenus envers lui de la triple obligation qui résulte du devoir d'éducation : il doivent le nourrir, c'est-à-dire lui fournir tout ce qui est nécessaire pour l'entretien de son existence physique ; l'entretenir, c'est-à-dire le développer au point de vue physique, intellectuel et moral. On ne peut en douter en présence de l'art. 383 qui, en leur accordant le droit de correction, leur confère

le droit d'éducation ; nous dirons donc sur ce point avec M. Demolombe : « leur accorder le moyen et le mode d'exercice de l'autorité paternelle, c'est apparemment leur accorder cette autorité même » ; et, d'autre part, les art. 762-764 fournissent un argument très puissant, l'art. 764 surtout, en faveur de cette solution. Le Code, en effet, oblige les père et mère d'un enfant adultérin ou incestueux, à le mettre en état de gagner sa vie ; ils ne peuvent l'abandonner à lui-même, se désintéresser de lui ; *a fortiori* doit-il en être ainsi de l'enfant naturel simple, que le législateur traite beaucoup plus favorablement (Demolombe IV n° 16. Aubry et Rau VI § 571.)

En ce qui concerne le droit de garde, bien que l'art. 374 qui l'organise ne figure pas dans l'énumération de l'art. 383, on doit également le concéder aux père et mère naturels pour le même motif que le droit d'éducation, ou plutôt comme conséquence de ce dernier droit. En investissant, sous certaines réserves, comme nous allons le voir, les parents naturels du droit de correction, le Code leur a donné, nous espérons l'avoir démontré, le devoir d'éducation ; or le droit de garde, pour permettre l'exercice du droit d'éducation, est aussi nécessaire que le droit de correction ; il l'est même davantage ; et cet argument *a fortiori* nous permet d'affirmer que le législateur l'a implicitement concédé dans notre matière. Le silence de l'art. 383 ne signifie rien ; on conçoit en effet que les rédacteurs du Code qui voulaient assimiler sur ce point les parents naturels aux père et mère légitimes, aient jugé inutile de s'ex-

pliquer à cet égard, tandis qu'ils étaient obligés de faire un point de départ entre les différents attributs du droit de correction dont ils ne voulaient donner que quelques-uns aux parents naturels. Nous dirons donc qu'au point de vue du droit de garde, l'enfant naturel est entièrement assimilé à l'enfant légitime. (Demolombe VI n° 630. Aubry et Rau VI § 571 texte et note 9. Lyon 8 mars 1856. S. 60. 2. 431).

Mais, faut-il en dire autant, lorsqu'il s'agit du droit de correction ? Oui, en principe, car, bien que l'art. 383 ne déclare pas applicables aux père et mère naturels les art. 380 et 382, nous pensons que les art. 376-380 et 382 disposent à leur égard ; l'omission de l'art. 389 est sans importance, car tout le monde reconnaît que l'énumération qu'il donne est incomplète ; s'il en était autrement, il faudrait ne pas appliquer à l'enfant naturel les art. 371, 372 et 374, ce que personne ne propose ; au surplus cette omission s'explique aisément à l'aide de cette considération que, au moment où la loi déclare le droit de correction applicable aux parents naturels, elle entend évidemment le leur conférer tel qu'il est réglé, c'est-à-dire, sous les conditions et modifications des art. 380 et 382.

D'autre part, les raisons qui ont fait édicter ces articles, sont les mêmes, que l'enfant soit né ou non du mariage : bien mieux, elles sont plus impérieuses encore, lorsqu'il s'agit d'un enfant illégitime, car il ne faut pas accorder contre lui plus de droits que contre le légitime, et, en outre, l'enfant naturel sera encore plus mal vu que

ce dernier, par la femme légitime de son père, ou le mari de sa mère ; si la loi craint que l'enfant légitime d'un premier lit, soit sacrifié par son père ou sa mère remariés, ne doit-elle pas avoir la même crainte en ce qui concerne l'enfant naturel qui n'a pas, lui, de famille pour le protéger ; il n'a en effet, qu'un père ou une mère coupable qui, pour se faire pardonner ses torts, s'empressera trop souvent d'épouser les griefs injustes de son conjoint que rien, par hypothèse, ne rattache à l'enfant né hors mariage. Il y a là un argument *a fortiori* que vient encore confirmer cette idée, à savoir que les parents naturels étant vus bien plus défavorablement que les père et mère légitimes, et cela, par le Code lui-même, il serait vraiment étonnant que le législateur eût affranchi les premiers des restrictions qu'il imposait aux seconds, dans l'intérêt des enfants. Nos adversaires reconnaissent eux-mêmes la valeur de ces arguments, seulement ils se croient liés par le texte de l'art. 383, et se bornent à souhaiter une réforme sur ce point ; nous croyons avoir répondu par avance à ces objections ; nous n'étendons pas arbitrairement l'art. 383 ; nous nous emparons de son esprit certain, au lieu de l'interpréter judaïquement d'après sa lettre ; et c'est pourquoi nous nous refusons à reconnaître que l'art. 381 dispose pour la mère naturelle : d'abord, les règles qu'il contient, ne sauraient manifestement concerner que les enfants légitimes, puisque ce texte parle de parents paternels et que l'enfant qui nous occupe n'en a pas ; ensuite, l'art. 383 attribue à la mère, en ce qui touche la puissance

paternelle, à défaut de père toutefois, tous les droits que ce dernier aurait eus. Mais cette question demande à être examinée séparément.

Le droit d'éducation et ses corollaires, les droits de garde et de correction, en un mot, les attributs de la puissance paternelle qui ont trait à la personne même de l'enfant, appartiennent, nous venons de le voir, à celui de ses auteurs qui l'a reconnu ; mais qu'arrivera-t-il, lorsque l'enfant illégitime a été reconnu par son père et sa mère à la fois ? Ces droits appartiendront-ils au père seul, ou bien concurremment au père et à la mère ?

En faveur de cette deuxième solution. on argumente des termes de l'art. 383 qui concède, dit-on, formellement au père et à la mère naturels des droits égaux ; d'ailleurs ajoute-t-on, si le code consacre toujours en cas de conflit la suprématie du père, c'est que la mère est elle-même soumise à la puissance maritale ; or, tel n'est pas ici le cas (Delvincourt I p. 93 note 11).

Nous préférons le 1^{er} système ; assurément, lorsque la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard de sa mère, nous reconnaissons que l'art. 383 attribue à la mère naturelle l'exercice plein et entier de la puissance paternelle (Duranton III n° 360 ; Aubry et Rau VI p. 120 § 571. Contra, Demolombe VI n° 638 et suiv. ; Marcadé sous l'art. 383 n° 3) ; c'est une dérogation au droit commun ; elle est singulière en ce qu'elle accorde à la mère naturelle un pouvoir plus complet qu'à la mère légitime ; mais le texte est formel, nous devons nous incliner ; seulement, si l'enfant a léga-

lement un père, c'est par lui seul, tant qu'il vit, que les droits d'éducation, de garde et de correction devront être exercés ; autrement dit, c'est sa volonté qui l'emportera en cas de conflit ; on peut tout d'abord en voir la preuve dans l'art. 383 qui, en appelant le père tout d'abord, semble bien le préférer à la mère ; mais pour nous l'argument péremptoire est fourni par l'art. 158 C. qui décide qu'en cas de dissentiment entre la mère et le père naturels, au sujet du consentement à mariage qui leur est demandé, la volonté du père l'emportera ; ce texte nous paraît trancher la question, la loi nous montre en effet par un exemple qu'elle entend accorder la suprématie au père naturel dans tous les conflits qui pourraient s'élever entre les auteurs de l'enfant illégitime. Au surplus, nous ferons observer que le père est plus intéressé que la mère à l'éducation d'un enfant auquel il donne son nom. (En ce sens Valette sur Prud'hon II p. 248. Marcadé II sur l'art. 383. Demolombe VI, p. 520-531.)

Terminons en faisant remarquer qu'il convient, par application du principe que nous avons admis, de conférer aux tribunaux pour le plus grand avantage des enfants le droit de modifier toutes ces règles, et même d'enlever les enfants à leurs père et mère pour les confier aux soins d'une tierce personne qui les élèvera aux frais des parents naturels. Il y a lieu d'appliquer sur ce point les dispositions de la loi du 24 Juillet 1889 sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés ; celle loi ne fait aucune distinction entre les parents naturels et les parents légitimi-

mes. Il y aura lieu notamment d'appliquer l'art. 2 — 6° de cette loi, qui permet de déclarer la déchéance de la puissance perpétuelle contre ceux qui, même sans mériter une condamnation pénale, « par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ».

De tout ce qui précède nous concluons que le père naturel qui ne s'est pas marié avec une femme autre que la mère de son enfant, pourra par voie d'autorité, exiger l'emprisonnement pour un mois au plus de cet enfant, s'il est âgé de moins de 16 ans, à moins qu'il n'ait des biens personnels ou un état ; que, dans tous les autres cas, il pourra demander par voie de réquisition au président du Tribunal, une détention maxima de six mois ; qu'à défaut de père, soit que celui-ci soit légalement incertain, soit qu'il soit décédé, la mère jouira de ces mêmes droits ; seulement elle les perdra, si elle se marie, attendu que dans cette hypothèse, sa situation doit être semblable à celle de la mère légitime, l'art. 383 ne venant plus contredire l'art. 381, et les raisons qui motivent ce dernier texte sur le point qui nous occupe se rencontrant avec une force égale en ce qui concerne la mère naturelle (Demolombe VI, p. 533, 543, Mourlon I, p. 517 ; Aubry et Rau IV, p. 711).

Examinons maintenant les attributs de la puissance paternelle relatifs au patrimoine de l'enfant naturel, c'est-à-dire les droits de jouissance et d'administration légales.

En premier lieu, les père et mère naturels ont-ils le droit de jouissance légale ? Bien que l'affirmative ait été

soutenue (Loiseau, p. 550; Favard Rep. V^o *Enfant naturel*), on admet le contraire aujourd'hui comme certain tant en doctrine qu'en jurisprudence. Cette solution se fonde d'abord sur la place de l'art. 383 qui est situé immédiatement avant les articles qui organisent le droit de jouissance légale, puis sur les termes mêmes de l'art. 383 qui ne comprend pas les textes relatifs à la jouissance légale dans l'énumération qu'il donne des dispositions applicables aux père et mère naturels, silence significatif, surtout en raison de la place qu'il occupe ; en outre, sur le texte des art. 384 et suivants qui supposent, à diverses reprises, le mariage des parents auxquels la jouissance légale est concédée ; enfin sur le caractère tout-à-fait exceptionnel de ce droit qui en fait un de ceux qu'on ne peut accorder sans un ordre exprès de la loi. Au surplus, l'exclusion dont les père et mère naturels sont frappés au point de vue du droit qui nous occupe, s'explique aisément : d'une part en effet, le législateur ne voulait pas donner un avantage pécuniaire à la paternité naturelle ; car, bien que la jouissance soit imposée à titre de compensation des charges de la puissance paternelle, les biens de l'enfant peuvent être assez considérables pour offrir un exédant de recettes ; et, d'autre part, les revenus qui auraient été grossir le patrimoine des auteurs, auraient été en grande partie définitivement perdus pour l'enfant naturel, car il ne recueille toute l'hérédité de ses père et mère, que dans des cas assez rares (Proudhon. *Traité de l'Usufruit*, I, n^o 124 § 571. — Laurent IV, n^o 360. Caen, 22 mars 1860. S. 60, 2,

640). Mais si les parents naturels n'ont pas la jouissance légale, ils peuvent prendre sur les revenus de l'enfant pour faire face à ses frais de nourriture, logement, entretien et éducation (Caen, 22 mars 1860 déjà cité).

Il faut également refuser aux père et mère illégitimes le droit d'administration légale. En effet, pour administrer le patrimoine d'autrui, il faut en avoir reçu le pouvoir; or aucun texte ne l'accorde aux personnes dont nous nous occupons; et l'on ne peut songer à étendre en leur faveur l'art. 389, car cet article, en donnant l'administration légale au père, *durant le mariage* seulement, montre par trop évidemment que ce droit ne peut être reconnu à un individu qui est dans la même situation qu'un veuf ou un divorcé. A notre connaissance personne ne proteste plus contre cette doctrine, qui ne devrait pas être modifiée, alors même que l'enfant naturel aurait été reconnu par son père et sa mère (Aubry et Rau VI, p. 213 § 571 texte et note 13).

Ainsi donc lorsque l'enfant né hors mariage a des biens personnels, il faut nécessairement lui donner un tuteur. Nous n'avons pas à examiner ici le fonctionnement de cette tutelle, qui est soumise au droit commun, du moins en ce qui touche les fonctions et les pouvoirs du tuteur. Nous nous bornerons simplement à faire observer que les fonctions du tuteur sont limitées à l'administration du patrimoine, puisque les droits d'éducation, de garde et de correction, appartiennent aux père et mère naturels. Mais une question doit nous arrêter quelque temps : il con

vient en effet de se demander ici, si la tutelle légale du survivant des père et mère s'applique dans l'espèce (nous ne parlons pas de la tutelle légitime des ascendants, car l'enfant né hors du mariage n'en a pas d'autres que ses auteurs directs), ou bien si l'on aura toujours recours à la tutelle déléguée par le conseil de famille.

Une première opinion décide que celui des parents naturels qui a reconnu l'enfant illégitime, est investi de plein droit de la tutelle ; si ses auteurs l'ont tous deux reconnu, la tutelle appartiendra au père *vi ac potestate legis*. En effet, dit-on, les parents naturels ayant pour leurs enfants la même affection que les parents légitimes, offrent les mêmes garanties ; et c'est tout ce que la loi demande (Zachariæ, édit. Massé et Vergé, 10, p. 335. — Cass. 20 avril 1850, S. 50, 1, 702). D'après cette doctrine, la tutelle de la mère ne commencerait qu'au décès du père ; mais ce dernier ne serait pas autorisé à lui donner un conseil de tutelle, attendu qu'il n'a aucune autorité légale à exercer sur elle ; en outre, on applique à la mère naturelle les art. 395 et 396, C.

Nous ne partageons pas cette manière de voir. D'abord, il est inexact de prétendre que les parents naturels, qui voient souvent avec colère le fruit de leur faute, ont la même affection pour leur progéniture, que des époux ; ensuite, on ne peut dire qu'ils offrent les mêmes garanties : D'autre part, les termes de l'art. 390 C. montrent à l'évidence que les rédacteurs du Code n'avaient pas l'intention qu'on leur prête, car ce texte ne donne la tutelle légale

« qu'après la dissolution du mariage » et seulement « au survivant des père et mère », ce qui le rend manifestement inapplicable dans notre hypothèse. La seule tutelle possible est donc celle qui est déférée par le conseil de famille (Demante II, 138 bis. Demolombe VIII, n^{os} 382 à 385).

Si le survivant des parents naturels n'a pas de plein droit pour lui-même la tutelle de son enfant mineur, à plus forte raison ne saurait-il lui nommer un tuteur testamentaire (art. 397 et suiv.). Nous le répétons, le tuteur d'un bâtard ne peut être qu'un tuteur datif. D'ailleurs le conseil de famille est libre de désigner la personne de son choix ; il peut aussi bien nommer le père ou la mère naturels qu'un étranger.

Le droit d'émanciper leur enfant appartient conformément au droit commun aux père et mère naturels. Si le père est légalement connu, tant qu'il vit, seul il est juge du point de savoir s'il convient d'user de ce droit ; à défaut du père, la mère peut émanciper, à l'exclusion du conseil de famille qui ne vient qu'en troisième lieu. Le droit d'émancipation, en effet, appartient aux père et à la mère naturels comme conséquence de la puissance paternelle dont ils sont investis ; il est vrai qu'ils n'ont pas la tutelle légale, mais cela importe peu, l'émancipation étant une conséquence de cette puissance (Demolombe VIII, n^o 373 et suiv. ; Laurent V, n^o 204 ; Aubry et Rau VI, p. 214, § 571. *Contrà* Rolland de Villargue, n^o 302).

Prenons maintenant l'enfant naturel à l'âge où il peut

songer à se marier, et voyons les règles particulières que la loi édicte à son égard.

Dans l'ancien droit, les bâtards n'étaient pas obligés à demander le consentement de leurs père et mère, mais seulement celui de leur tuteur ou curateur; on voyait, dans le droit des ascendants de consentir au mariage de leurs descendants, un attribut de la puissance paternelle, et cette puissance elle-même était regardée comme un fruit du mariage.

Actuellement, on le sait, la puissance paternelle est plutôt un devoir qu'un droit, celui d'élever l'enfant, de le protéger; or cette nouvelle notion permet de la reconnaître aussi bien aux parents illégitimes qu'aux légitimes.

Ce sont les conséquences de ces principes qu'il nous faut développer.

Au point de vue du consentement des père et mère naturels au mariage de leur enfant, la loi distingue deux cas (art. 158 et 159).

I. L'enfant né hors mariage *a été légalement reconnu*, et il a encore, soit son père, soit sa mère, soit ses père et mère; pour cette hypothèse, l'art. 158 C. statue en ces termes :

« Les dispositions contenues aux art. 148 et 149, et les dispositions des art. 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus ».

La reconnaissance a établi un lien de droit entre l'enfant naturel et celui de ses père et mère qui l'a reconnu ;

légalement reconnu, le bâtard a, aux yeux de la loi, un père ou une mère, ou tous les deux à la fois ; mais nous savons qu'il n'entre pas, même s'il a établi sa filiation à leur égard, dans la famille de ses parents ; il n'a donc pas d'aieuls ni d'aieules, et c'est là le motif pour lequel l'art. 158 renvoie aux art. 148 et 149, relatifs au consentement à obtenir du père et de la mère, mais non à l'art. 150 relatif au consentement à obtenir des aieuls ou aieules. C'est pour la même raison également que ce texte fait application à l'enfant illégitime des art. 151, 152, 153, 154 et 155. Mais seulement dans celles de leurs dispositions qui ont trait aux actes respectueux dirigés entre les père et mère, ce qui écarte les dispositions de ces textes concernant les actes respectueux à faire aux aieuls et aieules (Laurent, II, n° 341 ; Demolombe, III, n° 88).

Sous le bénéfice de cette observation, l'enfant illégitime reconnu qui a encore ses père et mère, ou l'un d'eux se trouve à leur égard, au point de vue du mariage, dans la même situation que l'enfant légitime. Il sera donc obligé, suivant le cas, d'obtenir leur consentement ou de requérir leur conseil comme il devrait le faire s'il était né *ex justis nuptiis*.

Nous croyons également que les art. 158, 346 et 361, combinés, nous autorisent à admettre que pour se donner en adoption, entrer dans les ordres religieux ou dans une congrégation religieuse, ou enfin se soumettre à la tutelle officieuse, il doit également dans les mêmes cas que l'enfant légitime, se munir du consentement de ses père et

mère ; en effet, pour tous ces actes, la loi semble établir une assimilation avec les règles du mariage ; elle soumet l'enfant à l'autorité et au contrôle de ses protecteurs naturels, et l'on ne voit pas pourquoi la règle serait différente pour l'enfant illégitime, pourquoi l'art. 158 lui serait applicable, et non pas les art. 356 et 361 (Demolombe, V, p. 516; Zachariæ, édit Massé et Vergé, I, p. 335).

II. L'enfant naturel *n'a pas été reconnu*, ou bien ses père et mère qui l'ont reconnu, sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Ce cas est réglé par l'art. 159 : « L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de 21 ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc*, qui lui sera nommé ». Ainsi donc, s'il est majeur, l'enfant illégitime qui se trouve dans l'hypothèse prévue, n'a besoin d'aucun consentement pour se marier ; s'il est mineur, il doit au contraire obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire d'un tuteur nommé uniquement dans ce but. Pourquoi n'avoir pas ici assimilé l'enfant né hors mariage à l'enfant légitime, et n'avoir pas investi le conseil de famille du droit que l'on confère au tuteur *ad hoc* (art. 160) ?

L'enfant dont nous nous occupons ici n'a pas de famille ; s'il n'a pas été reconnu, la chose est certaine, mais elle ne l'est pas moins dans le cas où il a perdu les parents au regard desquels sa filiation était établie. Dans ces con-

ditions, on ne pouvait lui composer un conseil de famille sérieux, c'est-à-dire une assemblée de parents ou d'alliés ; on n'aurait pu lui donner qu'un semblant de conseil de famille, formés d'amis de son père ou de sa mère, à vrai dire d'indifférents. Ceux-ci auraient-ils pris leur rôle au sérieux, auraient-ils prononcé après y avoir mûrement réfléchi, au sujet d'un des actes les plus graves de la vie ? La loi n'a pas osé l'espérer, et c'est pourquoi elle a confié à un tuteur *ad hoc* la mission qu'un conseil de famille, composé de façon sérieuse, remplit vis-à-vis du mineur légitime. Mais, dira-t-on, le tuteur *ad hoc* pourra lui-même être un indifférent. Assurément le cas ne sera pas rare ; mais il n'en est pas moins certain qu'il offre une garantie particulière : il est seul responsable, puisqu'il est seul appelé à décider, la loi espère que ce sera pour lui un motif pour prendre à cœur la mission qu'elle lui confie et la remplir selon sa conscience.

Qu'arrivera-t-il si l'enfant naturel se marie nonobstant la nomination du tuteur et sans son consentement ? D'après l'opinion générale, le tuteur ne peut demander la nullité du mariage. Cette solution est contestable. « L'enfant naturel, dit M. Laurent (II n° 460), ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement du tuteur qui lui a été nommé ; donc le consentement de ce tuteur est requis (art. 182. C) ; dès lors il doit avoir, en principe, le droit de demander la nullité. Dire que son pouvoir ne survit pas à la célébration, c'est une subtilité qui est en opposition avec le texte de la loi. Celui qui a pouvoir de consentir a

par cela même pouvoir d'agir en nullité ; donc, son pouvoir subsiste jusqu'à ce que la question de nullité ait été vidée. » Pourtant M. Laurent admet que le tuteur ne peut demander la nullité, mais il se fonde uniquement sur ce que l'art. 182 ne prévoit pas formellement le cas d'un mariage contracté sans le consentement du tuteur *ad hoc* ; ce texte parle bien du mariage célébré sans le consentement du conseil de famille, mais ici c'est un tuteur *ad hoc* qui doit consentir ; or en matière de mariage, les cas de nullité ne peuvent être étendus. Nous trouvons cette solution très juridique.

Maintenant pourra-t-il lui-même demander l'annulation ? Oui répond-on en général ; mais il nous paraît douteux que cette solution soit bonne, pour ce motif toujours, qu'en matière du mariage il n'y a pas de nullité sans un texte formel de loi. L'art. 182 ne permet pas de prononcer la nullité d'un mariage pour défaut de consentement d'un tuteur *ad hoc* ; c'est un oubli, peut-être est il regrettable ; en tout cas l'interprète ne peut le réparer (Aubry et Rau, I § 462 p. 81 note 73. Laurent II n° 460).

Reste un point à trancher. A qui appartient-il de nommer le tuteur *ad hoc* ? Au conseil de famille, d'après la majorité des auteurs (Aubry et Rau V p. 80 § 462. Demolombe III n° 89 et les autorités qu'il cite) : tel est le droit commun (arg. art. 405). Mais une objection sérieuse peut être tirée du peu de garanties offertes, comme on vient de le voir, par le conseil de famille d'un enfant naturel. Aussi a-t-on proposé de confier au tribunal le

soin de désigner le tuteur *ad hoc* (Ducaurroy, Bonnier et Roustain sur l'art. 159 ; Laurent II n° 342). A l'appui de cette solution, vers laquelle nous inclinons dans l'intérêt de l'enfant, on invoque le silence de la loi ; car si l'art. 405 donne au conseil de famille, le pouvoir général de nommer les tuteurs, aucun texte ne lui confie le droit spécial de désigner les tuteurs *ad hoc* ; rien n'empêche donc l'interprète de combler la lacune qui se trouve dans le Code. Nous croyons que rien ne s'oppose à ce que, si l'enfant a déjà un tuteur, celui-ci ne soit désigné pour consentir au mariage ; mais cette fonction doit lui être conférée ; elle ne résulte pas de ses pouvoirs ; l'art. 159 en effet exige expressément la nomination d'un tuteur *ad hoc* (V. toutefois, Bordeaux 3 juin 1863, S. 64. 2. 9. Demolombe III n° 89).

Quand l'enfant naturel n'a pas obtenu le consentement de ses père et mère, ces derniers peuvent former opposition au mariage, et s'il a été célébré, en demander l'annulation dans les cas prévus par les art. 184 et 191 C. (Demolombe, VII, n° 610. Aubry et Rau, VI, §571, note 11).

Quant au mariage lui-même, l'enfant naturel est soumis aux mêmes règles que l'enfant légitime ; nous devons pourtant consacrer quelques développements aux empêchements à mariage, car, bien que le droit commun s'applique en principe en notre matière, le Code contient certains articles qui s'occupent des enfants illégitimes et qui leur font une situation légèrement différente.

D'après l'art. 161 C., « En ligne directe, le mariage est

prohibé entre tous les ascendants et descendants, légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne ». Donc il y a empêchement à mariage en ligne directe : 1^o entre parents naturels ; par exemple un père ne peut épouser sa fille naturelle ou la fille naturelle de son fils ; 2^o entre alliés naturels ; ainsi un fils naturel ne pourra se marier avec la femme légitime de son père décédé ; mais il pourrait s'unir par mariage avec la concubine de son père. L'ancien droit, à la vérité, suivant sur ce point les principes du droit canonique, faisait résulter du concubinage une alliance naturelle qui s'opposait au mariage, comme l'alliance légitime. Mais aucun texte ne permet de proposer une règle semblable maintenant que le droit canonique est abrogé avec l'ancien droit, d'autant plus qu'en pareille matière aucune recherche, et partant aucune preuve n'est admissible (Merlin, *v*^o Empêchement, § 4, n^o 3. — Demolombe, III, n^o 112. — Laurent, II, n^o 351. — Contrà : Aubry et Rau, V, p. 58, § 461, note 13).

MM. Aubry et Rau soutiennent pourtant encore (loc. cit.) que l'affinité naturelle qui résulte du concubinage, doit être assimilée à l'alliance : « Il était généralement admis autrefois, disent ces auteurs, comme l'atteste Pothier (Du contrat de Mariage, n^o 162), que cette espèce d'affinité engendrait un empêchement à mariage. Or il est difficile de croire que les rédacteurs du Code aient voulu répudier cette jurisprudence, fondée sur les motifs les plus graves de morale et d'honnêteté publique, et autoriser ainsi le mariage d'un concubin avec la propre fille de

sa concubine ». Si l'on objecte la défense de la loi de rechercher, hors le cas d'adultère, la preuve du concubinage, MM. Aubry et Rau répondent que la reconnaissance peut légalement établir la preuve d'un commerce illicite, si elle émane à la fois du père et de la mère. M. Marcadé pense que l'affinité naturelle ne forme un empêchement qu'en ligne directe. Voici comment M. Laurent combat la théorie adverse : « Il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires, qui puisse faire soupçonner que les auteurs du Code aient songé à l'affinité naturelle, telle que le Concile de Trente l'admet ».

Il y a plus, ce n'est pas à raison d'une véritable affinité que l'on prohibait le mariage, c'était plutôt pour un motif d'honnêteté publique. En effet, il ne suffisait pas du concubinage, on exigeait qu'il fût notoire ; c'est la notoriété qui produisait le scandale, et par suite un empêchement au mariage. Cela était en harmonie avec les principes de l'ancien droit d'après lequel il y avait des empêchements fondés sur l'honnêteté publique. Le Code ne reproduit pas cette théorie ; il eût donc fallu une disposition formelle pour la maintenir dans un seul cas, celui de l'affinité canonique. Du moins il faudrait une manifestation quelconque de volonté ; or le silence des auteurs du Code est aussi complet que celui du texte de la loi ». Il a été jugé en ce sens qu'il n'y a pas empêchement dirimant en raison de l'affinité illégitime résultant de rapports illicites entre l'époux et l'ascendant de l'autre (Chambéry, 7 février 1885, D. P., 85, 2, 241).

En ligne collatérale, l'art. 162 C. dispose que :

«le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés au même degré ». Cette prohibition étant formulée dans les termes les plus absolus, nous en concluons qu'elle est édictée entre frères et sœurs germains, entre frères et sœurs utérins en consanguins, et que peu importe qu'ils soient ou non légitimes. Mais en raison du caractère étroit des dispositions du genre de celles que nous étudions, nous nous refusons à défendre le mariage entre un oncle et sa nièce naturelle, de même qu'entre une tante et son neveu naturel (mon neveu ou ma nièce naturels sont le fils ou la fille naturel de mon frère ou de ma sœur), pour le motif que l'art. 163 ne contient plus les mots « légitimes ou naturels » qui figurent dans les deux articles qui le précèdent et qu'aucun autre texte ne vient réparer cette omission, si tant est que le législateur en ait commis une (Laurent II, n° 156. Aubry et Rau, V § 461, p. 56 note 8).

Faut-il pour constituer un empêchement à mariage dans les hypothèses prévues par les art. 161 et 162 que la parenté naturelle soit établie en droit, c'est-à-dire constatée par une reconnaissance volontaire ou judiciaire ? Ou bien suffit-il qu'elle soit établie de toute autre manière, autrement dit qu'elle soit certaine, mais en fait seulement ? Pour faire admettre cette deuxième solution, on a invoqué le texte des articles précités, qui ne contiennent pas les mots « légalement reconnus », contrairement à ce que dit d'ordinaire la loi lorsqu'elle tient à cette condition, comme

par exemple dans l'art. 158. Bien mieux, a-t-on ajouté, il ne s'agit pas ici d'une omission du législateur, car son attention avait précisément été attirée sur ce point, ainsi que le démontrèrent les travaux préparatoires. La cour de Lyon en effet, dans ses observations, avait précisément proposé l'addition au texte des mots dont l'absence est signalée. On conclut dans cette doctrine qu'il convient de laisser aux magistrats un pouvoir discrétionnaire sur ce point ; que ceux-ci peuvent admettre tel ou tel mode de preuve de l'empêchement à mariage, qu'ils sont seuls juges des inconvénients plus ou moins grands qui peuvent en résulter (Merlin, Rep. v°, empêchement § 4 art. 4. Proudhon, II, p. 178. Paris, 18 mars 1850. D. 51, 2, 30).

L'argument que l'on tire des travaux préparatoires est exact ; seulement il n'est pas péremptoire, attendu qu'on ne sait, à dire vrai, pour quel motif il n'a pas été donné suite à la demande de la cour de Lyon ; il est donc permis de croire que cette demande est passée inaperçue. Peut-être aussi le législateur a-t-il jugé inutile, tout en l'approuvant, l'addition proposée, ce qui est encore possible, car elle ne tendait qu'à consacrer le droit commun, en ce qui concerne la preuve de la filiation naturelle ; or pour que le droit commun s'applique, une disposition spéciale est superflue ; il suffit de n'y pas déroger expressément. (En ce sens, Laurent, II, n° 350 ; Baudry Lacantinerie, I, n° 445 ; comp. Demolombe, III, n° 107).

Quant aux conséquences de notre système, nous ne croyons pas qu'elles soient de nature à le faire rejeter. M.

Baudry Lacantinerie, auquel nous empruntons les lignes suivantes, va nous expliquer à la fois l'argument que l'on pourrait en tirer et la réponse que l'objection comporte : « Mais alors, dit-on, un homme va donc pouvoir épouser une femme qui passe aux yeux de tous pour être sa fille naturelle et qui l'est en réalité, et cela parce que la filiation de cette femme n'est pas légalement établie ! Et l'on crie au scandale. — La question est de savoir s'il ne vaut pas mieux tolérer ce scandale, dont la pratique d'ailleurs ne semble pas offrir d'exemples, que d'en autoriser un autre plus grave encore, et en tout cas fréquent, en permettant pour le cas spécial dont il s'agit, la preuve de la paternité naturelle par tous les moyens, même, par la preuve testimoniale dont la loi, plus ici qu'en toute autre matière, se défie à juste titre. C'est pour des raisons d'ordre public, que le législateur a réglementé d'une manière sévère la preuve de la filiation naturelle : il a craint le scandale des procédures en recherche de la paternité ou de la maternité, et aussi le trouble qu'elles jetteraient dans les familles. Les règles qu'il a tracées en cette matière, doivent donc être appliquées toutes les fois qu'il n'y a pas été dérogé par une disposition formelle. Trouve-t-on cette dérogation dans les art. 161 et 162 ? » (I, n° 445).

CHAPITRE II

De la condition de l'enfant naturel au point de vue de l'aquisition des biens.

Dans ses rapports avec ses parents, seul point de vue que nous ayons à envisager, attendu que la situation de l'enfant naturel est régie par le droit commun à tous autres égards, nous n'avons à signaler de dérogations à ce droit commun, qu'au sujet de l'obligation alimentaire, des donations entre-vifs et testamentaires, et enfin des successions.

Bien que l'enchaînement logique des idées semble nous imposer l'ordre dans lequel nous venons d'énumérer les trois objets du présent chapitre, nous placerons, pour plus de clarté, les donations dans la 2^e des 3 sections qui se partageront la matière dont nous abordons l'étude.

SECTION 1^{re}. — OBLIGATION ALIMENTAIRE.

L'obligation alimentaire existe-t-elle entre les enfants illégitimes et leurs père et mère ?

Tout d'abord la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que malgré le vice évident de rédac-

tion de l'art. 203 C., les père et mère naturels doivent des aliments à leur enfant dans le besoin. Cette doctrine s'induit des art. 762-764 qui, par cela même qu'ils obligent la succession des père et mère adultérins ou incestueux à fournir des aliments à leur enfant, accordent implicite-
le même droit à l'enfant pendant la vie de ses auteurs ; en effet, si leur succession est obligée, comment ces auteurs ne le seraient-ils pas personnellement de leur vivant ? Or si les enfants adultérins ou incestueux ont droit à la créance alimentaire, *a fortiori* faut-il l'accorder aux enfants naturels simples que la loi traite plus favorablement dans tous les cas. D'ailleurs il s'agit là d'une conséquence du seul fait de la paternité ou de la maternité (Aubry et Rau IV p. 215 § 571, 2° ; Laurent IV n° 125 ; Demolombe V. n° 16. Toulouse juillet 1863, S. 64. 2, 137). Toutes ces raisons nous empêchent de dire avec M. Laurent (III n° 60) que le droit des enfants naturels à des aliments n'a nullement été consacré par la loi, qu'il y a à la vérité une lacune dans le Code, mais qu'il n'appartient pas à l'interprète de la combler.

A qui appartient l'exercice de l'action tendant à obtenir le paiement de la dette alimentaire et aussi l'exécution de l'obligation que l'art. 203 impose aux parents naturels, nous voulons parler du devoir d'éducation? Cette dernière obligation dont les père et mère légitimes sont tenus, est civile ; en effet, c'est l'art. 203 qui la met à leur charge ; par suite on peut les contraindre à l'acquitter par voie judiciaire. L'art. 204 vient aussi à l'appui de cette

assertion, car en formulant une exception au principe, il le consacre implicitement ; or l'art. 203 s'appliquant aux père et mère naturels, on ne voit pas pourquoi la sanction dont il est muni ne les concernerait pas. Aucun doute en ce qui concerne la dette alimentaire, elle est également susceptible d'action en justice et d'exécution forcée. Mais cette action, qui la mettra en mouvement ?

Si l'enfant naturel est majeur, aucune hésitation n'est possible, ce sera lui. Mais que se passera-t-il lorsqu'il sera incapable d'ester en justice, en raison de son âge ? Pour l'enfant légitime, la question soulève des difficultés ; pour l'enfant naturel il n'y en a aucune. C'est toujours son représentant légal, son tuteur, qui portera l'affaire devant le tribunal (art. 464 C.); au cas où aucun tuteur n'aurait été nommé, ce qui sera fréquent, car il est rare qu'un enfant ait un patrimoine personnel, il faut reconnaître que l'exercice de l'action qui nous occupe, appartient, soit au père, si c'est la mère qui ne s'exécute pas, soit à celle-ci dans l'hypothèse contraire, et cela alors même que ni l'un ni l'autre n'aurait été investi de la tutelle. Tous deux d'ailleurs ont non seulement un intérêt moral à agir, ce qui serait insuffisant en l'absence de texte, mais encore un intérêt pécuniaire à l'exécution ; en effet, si on leur déniait ce droit, le fardeau de la dette pèserait sur eux seuls. Nous concluons de cette dernière remarque que chacun des auteurs de l'enfant naturel peut actionner l'autre, tant en son nom personnel qu'au nom du mineur, pour lui réclamer le remboursement de la part qu'il était tenu d'acquitter et qu'il n'a pas voulu payer.

Le droit de s'actionner que nous accordons aux parents naturels l'un contre l'autre, n'a aucune conséquence fâcheuse, car on avouera que les inconvénients que le Code craint de voir résulter entre époux d'un débat judiciaire, ne peuvent avoir influencé le législateur, lorsqu'il s'agit de deux concubins. (Rouen, 15 février 1864. S. 64, 2, 137).

Terminons sur l'obligation alimentaire, en examinant un dernier point.

Un enfant a été reconnu par un de ses auteurs marié lors de la reconnaissance avec une femme autre que la mère ; en un mot nous sommes dans l'hypothèse prévue par l'art. 337 C. Cet enfant peut-il invoquer sa reconnaissance pour obtenir des aliments ? En général, on répond affirmativement ; assurément, si la reconnaissance émane d'une femme mariée, l'enfant naturel ne peut poursuivre le paiement des aliments au préjudice du droit d'usufruit qui compéterait au mari de sa mère, soit en son nom, soit comme chef de la communauté. Mais rien n'empêche l'enfant reconnu par un homme marié de poursuivre pendant le mariage le paiement des aliments que son père lui doit sur les biens de ce dernier et sur les biens de communauté, comme rien ne l'empêche, si c'est sa mère qui l'a reconnu au cours du mariage, de réclamer la dette alimentaire sur les biens dont sa mère a l'administration et la jouissance, par exemple sur ses biens paraphernaux si elle est femme dotale. Dans cette mesure en effet, il ne nuit pas au conjoint ni aux enfants du mariage. (Dermombe, V., 472. — Aubry et Rau, VI, n° 568 quater. Cass., 16 décembre 1861. S. 62, 1, 120).

Nous allons plus loin. L'enfant reconnu dans les conditions que nous supposons, pourrait, après le décès de l'auteur de la reconnaissance tardive, réclamer contre sa succession les aliments que le *de cujus* lui devait de son vivant, sans que les enfants issus du mariage et le conjoint puissent le faire débouter. En effet, l'art. 337 garantit sans doute à ces personnes les droits qui leur sont concédés par la loi et le contrat de mariage ; mais il ne les soustrait nullement aux obligations qui résultent de la qualité d'héritiers ou de successeurs universels de l'auteur de la reconnaissance, et aux conséquences de la règle. « *Bona non sunt nisi deducto ære alieno* » (Aubry et Rau VI n° 568 quater). Nous avouons pourtant que ces solutions sont fort douteuses, en présence du texte précis et général de l'art. 337.

SECTION II. — DE LA CONDITION DES ENFANTS NATURELS,
AU POINT DE VUE DES SUCCESSIONS.

Le législateur traite de la matière dans la section 1^{re} du chapitre IV, livre III, sous cette rubrique : « Des droits des enfants naturels sur les biens de leurs père et mère, et de la succession des enfants naturels décédés sans postérité ». Il résulte de cet intitulé, que le Code se préoccupe de deux ordres d'idées différents : 1° de la succession *des* enfants naturels, c'est-à-dire de celle qui est offerte aux enfants naturels (art. 756-764) ; 2° de la succession *aux* enfants naturels, c'est-à-dire de celle que laisse l'enfant

naturel décédé. Nous n'avons à nous préoccuper que du premier point.

§ I^{er}. — *Historique*

Dans les pays coutumiers et dans les pays de droit écrit, sauf quelques rares exceptions, le principe suivi par la jurisprudence était rigoureux : « enfants bastards ne succèdent pas » (art. 310, cout. d'Orléans). « Les bastards ne succèdent pas plus à leur mère et à leurs parents maternels qu'à leur père » (Pothier, Des successions, chap. I^{er}, sect. II, § 3). Pourtant quelques coutumes se « singularisaient » comme dit Lebrun, par la succession des bastards, en les admettant à la succession de leur mère et de leurs parents maternels ; on avait alors pour maxime : « Nul n'est bastard de par sa mère » ; telles étaient les coutumes de Valenciennes, de St-Omer et de Thérouanne (comp. Lebrun, l. I, ch. II, sect. I, n° 5. D'Aguesseau VII, p. 425). Tous les enfants illégitimes, les enfants adultérins ou incestueux comme les enfants naturels simples, étaient des bâtards, sans distinction, et ils n'avaient droit qu'à des aliments.

Le droit intermédiaire se jeta dans un excès opposé, en assimilant complètement les enfants naturels simples aux enfants conçus dans le mariage, l'art. 2 de la loi du 12 brumaire an II, disposait : « Leurs droits de successibilité seront les mêmes que ceux des autres enfants ». Quant aux enfants adultérins ou incestueux, l'art. 13 de la même loi leur accordait exactement ce que l'art. 757

alloue aux enfants naturels simples en présence de descendants légitimes : « Il sera accordé aux enfants adultérins, à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient eu droit, s'ils étaient nés dans le mariage ». Une jurisprudence pourtant, qui fut confirmée par la loi du 14 floréal an XI, restreignit l'application de la loi de brumaire, et l'interpréta en ce sens qu'elle ne régirait pas les successions ouvertes depuis sa promulgation, jusqu'à l'apparition du Code civil. On réservait ainsi toute la question des droits successifs des enfants naturels, jusqu'à la mise en vigueur du Code civil.

Le Code civil a pris à l'égard des enfants naturels une sorte de moyen terme entre la rigueur excessive de l'ancien droit et la bienveillance également exagérée de l'époque intermédiaire.

§ 2. — *Nature du droit successoral de l'enfant naturel.*

L'art. 756 C. dispose : « Les enfants naturels ne sont point héritiers, la loi ne leur accorde de droit sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère ». Ainsi les enfants naturels ne sont pas héritiers ; mais la loi leur accorde néanmoins un véritable droit de succession sur l'hérédité du père ou de la mère qui les a reconnus, et sur celle de l'un et de l'autre quand ils ont été reconnus par les deux auteurs (art. 338 et 756). Nous croyons et nous essayerons de justifier dans un instant notre opinion, que l'art. 756

fait allusion à la distinction formulée dans l'art. 723 entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers, les premiers investis de la saisine que les seconds n'ont pas (art. 724) ; et qu'en refusant aux enfants naturels le titre d'héritiers, il se borne à leur refuser la saisine, et les oblige ainsi à demander la délivrance ou l'envoi en possession ; c'est à tort à notre avis, que l'on a vu dans notre texte le simple octroi d'un droit de créance à l'enfant naturel. Il n'est pas héritier, mais il est *loco heredis*.

D'autre part, l'art. 756 consacre le principe que nous avons déjà exposé, à savoir que l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de celui de ses auteurs qui l'a reconnu ; c'est pourquoi il lui refuse le droit de succéder aux ascendants et collatéraux de ses père et mère (art. 756 *in fine*). Quant à ses droits sur les hérédités laissées par ses descendants, ils sont les mêmes que s'il était légitime. L'enfant naturel succède donc en qualité d'héritier à ses descendants légitimes, en qualité de successeur irrégulier à ses enfants naturels reconnus.

L'art. 756 nous apprend encore que les enfants naturels ne sont appelés à la succession de leurs père et mère que s'ils sont légalement reconnus ; peu importe d'ailleurs que la reconnaissance soit volontaire ou forcée ; peu importe également, s'il s'agit d'une reconnaissance forcée, qu'elle soit antérieure ou postérieure à l'ouverture de la succession, car la loi ne distingue pas (Demolombe, XIV, n° 14).

D'après le projet de l'an VIII, la nature du droit des

enfants naturels reconnus sur les biens de leurs auteurs immédiats décédés devait être un simple droit de créance ; l'art. 54 en effet disposait : « L'enfant naturel qui n'a point de parenté civile résultant du mariage *n'est point héritier*. La portion que la loi lui accorde sur les biens de ses père ou mère, n'est qu'une créance fondée sur l'obligation naturelle qu'ils ont contractée envers lui ». Et l'art. 60 décidait que lorsque sa portion était fixée, l'héritier légitime pouvait « lui offrir la valeur de cette portion en argent ou en fonds. L'option appartient à l'héritier légitime » (Fenet, II, p. 133-134). Cet article 60 disparut du projet soumis au Conseil d'Etat par la section de Législation (Fenet, XII, p. 27) ; et l'art. 43 du nouveau projet donnait à l'enfant naturel le tiers de la portion qui lui aurait été allouée, s'il avait été légitime. On s'aperçut alors de la contradiction qui existait entre la concession d'un droit de créance, *jus ad rem*, et celle d'un droit à une portion héréditaire, *jus in re* ; aussi Cambacérès obtint-il la suppression du mot « créance » (Fenet, XV, p. 28, 29).

Les modifications subies par l'art. 756 permettraient, à elles seules, d'affirmer que les enfants naturels, comme les héritiers légitimes, ont un véritable droit réel, puisque l'historique de ce texte prouve que ce n'est pas un droit de créance. Au surplus voici d'autres preuves de cette vérité. D'abord l'art. 756 emploie la même formule que l'art. 543 qui définit le droit de propriété : il donne *un droit* sur les biens. De plus, le droit dont parle l'art. 758, est le même que celui des art. 756 et 757 ; or, dans l'art. 758, de qui

l'enfant naturel serait-il créancier ? Ce n'est pas tout ; d'après l'art. 711, on acquiert la propriété par succession ; comme on ne saurait nier que les enfants naturels succèdent, cet article est significatif, si l'on prend soin surtout de remarquer qu'il ne distingue pas entre les successeurs légitimes et ceux qui ne le sont pas. Enfin l'art. 757 donne à l'enfant illégitime une quote-part de la portion qu'il aurait eue s'il était légitime ; or s'il eût été légitime, il est clair qu'il aurait acquis un *jus in re* sur les biens de la succession. L'enfant naturel devient donc propriétaire de la quote-part de biens que la loi lui offre, et non pas seulement créancier, comme on a voulu le soutenir, en disant que cette solution dérive logiquement de la cause sur laquelle son droit est fondé, à savoir l'obligation personnelle de ses père et mère de subvenir à ses besoins, et sur l'absence de la base même sur laquelle repose la transmission héréditaire, c'est-à-dire la copropriété de la famille. C'est donc à tort que l'on a dit que le refus du titre d'héritier empêchait l'application ici des nombreux textes qui disposent pour les héritiers en général, car le Code le plus souvent désigne sous ce nom toutes les personnes habiles à succéder ; il ne faut donc pas restreindre la portée des articles dont s'agit aux seuls héritiers légitimes ; c'est également pour le même motif erroné, que l'on a refusé à ce successeur irrégulier la revendication dans les cas où elle compète à l'héritier légitime, le droit de demander le partage par voie de tirage au sort... Si les conséquences de la doctrine que nous combattons sont sou-

vent trop défavorables à l'enfant naturel, elles lui sont aussi parfois trop avantageuses. En effet, s'il était créancier, il faudrait décider que les legs particuliers ne diminuent jamais sa part, et qu'il peut concourir avec les créanciers héréditaires. Comme nous l'avons dit, l'art. 756 est un renvoi aux art. 723 et 724 ; si les enfants naturels ne sont pas héritiers, ils sont *loco heredum* ; ils ont un droit héréditaire de même nature que l'héritier légitime ; donc ce droit doit produire activement et passivement les mêmes effets à l'égard de l'enfant naturel, contre lui, à l'égard des héritiers légitimes, enfin à l'égard des tiers.

Déduisons les conséquences de ce principe :

1° L'enfant né hors mariage profite de l'accroissement ; à ce point de vue le mot « héritier » qui figure dans l'art. 786, est synonyme de successible, ainsi que le prouvent et la place de cet article, et le caractère de sa disposition. Ce texte décide que tout ce qui augmente une masse indivise, augmente, ce qui est de toute évidence, la part de ceux qui peuvent y prétendre ; or l'enfant naturel peut prétendre à une fraction de cette masse. L'art. 757 vient à l'appui de cet argument ; si en effet l'enfant eût été légitime, il aurait profité de l'accroissement ; il est une fraction d'enfant légitime, il doit donc en profiter dans la même proportion.

2° Pour les mêmes motifs, le rapport lui est dû.

D'ailleurs, ici, l'art. 857 précise le sens du mot « héritier », en l'opposant aux créanciers et aux légataire ; en

outre, si le mot « cohéritier », dans l'institution du rapport, ne s'appliquait pas à l'enfant naturel, on serait conduit à admettre, ce qui est faux, que les enfants naturels ne se doivent pas réciproquement le rapport ; enfin, l'art. 760 soumettant les enfants naturels au rapport vis-à-vis des héritiers, la justice exige que ceux-ci soient tenus envers lui de la même obligation ;

3° L'enfant illégitime a droit aux fruits, à compter de l'ouverture de la succession ; les fruits en effet font partie de l'actif de la succession ;

4° Tout ce qui diminue la masse partageable, diminue la part de l'enfant naturel ; par exemple les legs. Peu importe que la loi ne mette pas le paiement des legs à sa charge, car il en est de même des dettes, et nul ne songe à l'en affranchir ;

5° L'enfant naturel peut demander sa part en nature conformément à l'art. 826 ;

6° Il peut requérir l'emploi de toutes mesures tendant à conserver et à constater l'actif de l'hérédité ;

7° On ne peut, sans le convoquer, procéder au partage ;

8° Il a le droit de provoquer ce partage, et non pas seulement d'intenter l'action en délivrance ;

9° Il a les mêmes droits qu'un héritier à l'encontre des tiers acquéreurs auxquels un successible aurait transmis les immeubles de la succession ;

10° Il peut exercer le retrait successoral de l'art. 841 ;

11° Lorsque l'enfant naturel a demandé l'envoi en possession ou la délivrance, l'héritier qui a renoncé ne peut plus ensuite accepter la succession ;

12° L'enfant naturel ne peut du vivant de son auteur renoncer en principe à ses droits de succession ;

13° Il peut faire déclarer l'absence de ses auteurs naturels pour être envoyé en possession de sa part héréditaire (art. 115 et 123) ;

14° L'art. 1078 lui est applicable ; son omission dans un partage d'ascendants est une cause de nullité.

Toutes ces conséquences vivement critiquées autrefois le sont de moins en moins aujourd'hui ; on s'appuyait jadis sur les arguments du système qui ne reconnaît à l'enfant naturel qu'un droit de créance ; maintenant nos adversaires ont abandonné à peu près tous cette opinion absolue ; ils se contentent de dénier à l'enfant illégitime le véritable droit héréditaire que nous lui reconnaissons, et soutiennent que son droit dans l'hérédité de ses auteurs immédiats, n'est qu'une charge de succession ou bien une « délibation ».

Nous jugeons inutile dès lors de nous appesantir démesurément sur cette question : en effet, tant qu'il s'agit du système du droit de créance, nous nous trouvons en présence d'une théorie doctrinale et rationnelle, si elle n'est pas celle de la loi ; tandis que les partisans de la délibation se bornent à produire de pures affirmations, parfaitement arbitraires d'après nous. (V. pour plus de détails, Demolombe XIV n^{os} 24 à 48).

§ 3. — *De la fixation des droits successifs de l'enfant naturel.*

Le montant des droits héréditaires de l'enfant naturel dépend de cette circonstance que le défunt laisse ou non des héritiers légitimes.

A. Lorsque le défunt laisse des héritiers légitimes, l'art. 757 va nous faire connaître la part de l'enfant naturel : « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés, est réglé ainsi qu'il suit : Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants ni ascendants, ni frères ni sœurs ».

Il résulte de ce texte : 1° que l'enfant naturel reconnu a un droit dans la succession de ses père et mère, même en présence des héritiers légitimes les plus favorables ; 2° que ce droit varie toujours suivant la qualité et quelquefois le nombre des héritiers légitimes que le *de cujus* laisse, c'est-à-dire, laisse comme héritiers ; le texte et l'esprit de la loi montrent donc que l'on ne doit tenir compte ni des renonçants (art. 785), ni des indignes (Demolombe XIV, n° 64. Aubry et Rau, VI § 605) ; 3° que le Code mesure dans tous les cas son droit sur celui de l'enfant légitime ;

c'est-à-dire qu'il lui offre toujours une quote-part de ce qu'il aurait obtenu, s'il eût été légitime, qu'en un mot il le considère comme une fraction d'enfant légitime.

Ceci posé, l'article 757 distingue trois hypothèses :

1° L'enfant naturel se trouve en présence de descendants légitimes, légitimés ou adoptifs du *de cujus*. Il a droit au tiers de ce qu'il aurait eu, s'il eût été légitime. Ainsi le défunt laisse un enfant légitime et un enfant naturel. Si l'enfant naturel eût été légitime, il aurait eu droit à la moitié de l'hérédité ; il aura le droit de réclamer le tiers de la moitié, soit un sixième. En présence de deux enfants légitimes, sa part est d'un neuvième (le tiers du tiers) ; elle est d'un douzième, s'il y a trois enfants légitimes ; d'un quinzième, s'il y en a quatre, et ainsi de suite.

Les descendants d'enfants légitimes prédécédés venant par représentation ne comptent que pour la tête du représenté dans le calcul de la part de l'enfant naturel ; le partage se fait donc par souches. Ainsi, lorsque l'enfant naturel se trouve en présence d'un enfant légitime, et de trois petits-enfants issus d'un autre enfant légitime, venant par représentation de celui-ci, il a la même part, soit un neuvième, que s'il se trouvait en présence de deux enfants légitimes (Aubry et Rau, VI, § 605, p. 324).

Si l'enfant naturel se trouve en présence de descendants de l'unique enfant du *de cujus* qui est renonçant ou indigne, il a droit au tiers de la succession, car s'il eût été légitime, il aurait eu droit à cette succession entière, à

l'exclusion des petits-enfants qui ne peuvent occuper la place de leur père par représentation (art. 744) (Aubry et Rau, VI, § 605 ; Demolombe, XIV. n° 66 ; Gros, Revue de droit fr. et étrang., 1844, I, p. 507 et 594, n°s 46 et 47.) D'après Chabot (sur l'art. 757, n° 5) et Duranton (VI, p. 274) lorsque l'enfant naturel se trouve en présence des descendants de deux enfants renonçants ou indignes, ils n'aurait droit qu'à un neuvième de la succession ; cette opinion évidemment inexacte n'est plus soutenue aujourd'hui. S'il rencontrait en face de lui un enfant légitime et des petits-enfants d'un autre enfant renonçant ou indigne, l'enfant naturel aurait droit à un sixième de la succession.

Supposons maintenant qu'il y ait plusieurs enfants naturels. D'après la majorité des auteurs et la jurisprudence, le mode de supputation ci-dessus indiqué doit encore être suivi. On considèrera tous les enfants illégitimes comme s'ils étaient légitimes collectivement ; on verra ainsi ce qui leur reviendrait à chacun si cette fiction était une réalité ; puis on leur donnera le tiers de la part ainsi calculée. Par exemple l'hérédité est de 27,000 francs ; un enfant légitime et deux enfants naturels sont appelés à la recueillir ; on commencera par la partager entre les 3 successibles comme s'ils étaient tous légitimes, ce qui donnera à chacun 9,000 fr. ; les enfants naturels prendront le tiers de cette somme, c'est-à-dire qu'à eux deux ils auront 6,000 fr. ; le reste, soit 21,000 fr. seront attribués à l'enfant légitime.

Nous tenons cette solution pour la meilleure, ce qui

ne veut pas dire qu'elle soit à l'abri de toute critique : en effet, on a soulevé contre elle une objection très-sérieuse : chaque enfant naturel, a-t-on fait remarquer, n'obtient pas par ce moyen, comme l'art. 757 le veut, le tiers de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime ; chacun d'eux, en effet, peut dire que s'il avait été légitime, il aurait profité de la réduction subie par ses frères et sœurs naturels, réduction qui d'après le système exposé, est attribuée entièrement à l'enfant légitime ; il est donc lésé.

Aussi a-t-on proposé trois autres modes de calcul. Mais ils ne donnent pas à la question qui nous occupe une solution plus satisfaisante, bien au contraire : aussi, faute de mieux, il faut nous contenter du système que nous avons tout d'abord exposé, bien qu'il ne donne à l'enfant naturel en présence d'autres enfants naturels qu'une part égale à celle qui lui serait offerte, si ces derniers étaient légitimes.

2° Lorsque le *de cujus* ne laisse que des héritiers de la seconde classe, c'est-à-dire des ascendants ou des frères et sœurs, l'enfant naturel peut demander la moitié de ce qu'il aurait eu, s'il eût été légitime, autrement dit la moitié de la succession, car, s'il eût été légitime, il aurait été appelé à recueillir l'hérédité tout entière à l'exclusion des ascendants et des frères et sœurs. — On s'accorde à décider que la part des enfants naturels est fixée à la moitié de l'hérédité quel que soit leur nombre, et qu'ils se la partagent par tête. L'autre moitié est laissée aux ascendants, frères ou sœurs en quelque nombre qu'ils soient ; ces héri-

tiers légitimes la partagent entre eux de la même manière que si elle composait à elle toute seule la succession, c'est-à-dire comme si le *de cujus* n'avait pas laissé d'enfants naturels.

Supposons maintenant que l'enfant naturel se trouve en présence de neveux et de nièces du défunt ; les ascendants et les frères et sœurs sont prédécédés ; ou bien ils ont renoncé ; ou bien encore ils sont indignes. Quelle est sa part héréditaire ? La majorité des auteurs décide qu'elle sera seulement de moitié, autrement dit, que les neveux et nièces devront être assimilés aux frères et sœurs dont ils descendent. L'esprit de l'art. 757, dit-on, doit l'emporter sur son texte ; or tout prouve que telle est bien l'intention du législateur. En effet, dans sa rédaction primitive, l'art. 757 ne restreignait la part de l'enfant naturel à la moitié que lorsqu'il existait des ascendants ; il lui accordait les trois quarts de l'hérédité, lorsqu'il concourait avec des collatéraux, frères et sœurs non exceptés. Sur les observations de M. de Maleville, qui fit remarquer que, dans ces conditions, l'art. 757 se trouvait en opposition avec le système général du Code sur les successions, le consul Cambacérès proposa de réduire à la moitié, la part de l'enfant naturel, lorsqu'il concourait avec des frères et sœurs, et sa proposition fut adoptée (Cpr. Loaré. Lég., X, p. 89, art. 43, p. 90, n° 8). Ainsi donc on a voulu faire concorder l'art. 757 avec les art. 748 ets. ; or il serait contraire à l'esprit de ce texte, de faire une situation préférable aux ascendants qui, dans les successions ordinaires, sont exclus par

les descendants de frères et sœurs. Si le législateur ne parle pas des neveux et nièces, c'est uniquement parce qu'il a cru inutile de reproduire une assimilation plusieurs fois faite auparavant ; la même omission se rencontre, ajoute-t-on, dans l'art. 762, et personne ne songe à interpréter ce texte contre les descendants de frères et sœurs. Enfin, outre l'exposé des motifs de Treilhard (Locré. Lég. X, p. 192, n° 21), on invoque en ce sens les principes de la représentation, et notamment l'art. 742. Mais MM. Aubry et Rau font des réserves à ce sujet ; ils admettent l'argument, lorsque les neveux et nièces succèdent par représentation, mais ils font très-judicieusement remarquer qu'il n'est plus d'aucun poids dans l'hypothèse où les neveux et nièces viennent de leur chef, cas dans lequel ils soutiennent pourtant, comme les partisans de l'opinion que nous exposons, que la part de l'enfant naturel n'est encore que de moitié. La jurisprudence est fixée en sens contraire, et avec raison, croyons nous.

Tout d'abord, l'esprit du Code est incertain ; si M. de Maleville a voulu faire concorder l'art. 757 avec les règles des successions ordinaires, le texte ne le dit pas ; il décide même formellement le contraire, car les ascendants, autres que les père et mère, sont exclus dans la succession ordinaire par les frères et sœurs, et ici ils concourent avec eux. Le seul moyen de donner une solution certaine consiste donc à la chercher dans l'art. 757 ; or, d'une part, ce texte ne mentionnant pas les neveux et nièces au nombre des héritiers de la seconde classe, les

rejette par cela même dans la dernière ; et, d'autre part, l'art. 757 étant un texte en quelque sorte pénal, doit être interprété restrictivement. Nous en concluons qu'en présence de descendants de frères ou de sœurs légitimes, l'enfant naturel a droit aux trois quarts de l'hérédité. (Cass. 13 janv. 1862. S. 62. I. 225. — Cass. 4 janv. 1875. S. 75, 1. 53).

3° Le *de cuius* ne laisse ni descendants, ni ascendants ni frères ni sœurs. L'enfant naturel se trouve en présence de collatéraux ordinaires.

Il a alors droit aux trois quarts de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime, c'est-à-dire aux trois quarts de l'hérédité.

Le *de cuius* laisse des ascendants dans une ligne et des collatéraux ordinaires dans l'autre ; en ce cas, la succession ordinaire est offerte pour moitié aux ascendants qui représentent l'une des lignes, et pour moitié aux collatéraux qui représentent l'autre. S'il y a un enfant naturel, quelle sera sa part ?

Une première opinion, tout en reconnaissant qu'il est regrettable que le législateur n'ait pas permis de décider autrement, soutient que l'esprit, comme le texte de l'art. 757, ne donnent à l'enfant naturel que la moitié de la succession : le Code en effet, dit-on, ne subordonne pas la fixation de sa part au partage de la succession entre parents légitimes. Que si l'on s'étonne de voir des collatéraux profiter de la présence d'un ascendant, on fait remarquer qu'une personne peut parfois, en concourant avec une

autre, obtenir des avantages qu'elle ne pourrait pas réclamer de son chef (art. 1098) (Demolombe XIV, n° 76. Aubry et Rau VI, § 605, note 12). A notre avis, c'est l'opinion contraire qui doit être admise, par ce motif que l'art. 757 étant établi uniquement en faveur des parents légitimes, et la part de l'enfant naturel variant suivant leur qualité, on ne voit pas pourquoi on n'appliquerait pas distributivement, quand surtout rien dans la loi ne s'y oppose, les règles qui servent à la déterminer. En outre, le caractère de l'art. 757 impose selon nous l'interprétation de ses termes dans le sens de la capacité. Nous donnerons donc à l'enfant naturel la moitié de la moitié dévolue aux ascendants et les trois quarts de la moitié qui est offerte aux collatéraux.

B. L'art. 758 va nous donner la règle à suivre lorsque le *de cujus* ne laisse aucun parent au degré successible : « L'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible ». Il faut assimiler à cette hypothèse celle où tous les parents auraient renoncé ou auraient été écartés comme indignes. Dans cet article en effet, comme dans le précédent, le mot « laisse » équivaut à « laisse comme héritier ».

Remarquons toutefois qu'aux termes nouveaux de l'art. 767 C. civ., résultant de la loi du 9 mars 1891, l'enfant naturel doit abandonner au conjoint survivant la moitié de la succession en usufruit. Ce droit appartient au conjoint, quel que soit le nombre des enfants naturels laissés par le *de cujus*.

Occupons-nous maintenant du cas prévu par l'art. 337 ; nous l'avons déjà sommairement exposé. Le père ou la mère d'un enfant naturel se marie avec une personne qui n'est pas l'un des auteurs de l'enfant, puis, durant le mariage, reconnaît son enfant. Notre article n'annule pas la reconnaissance ; il lui dénie seulement tout effet qui pourrait nuire pécuniairement au conjoint et aux enfants issus du mariage. Mais, pour que cette sanction se produise, il faut que la reconnaissance ait été faite pendant le mariage ; donc l'art. 337 ne s'appliquerait pas à la reconnaissance faite avant, eût-elle été tenue secrète, et fût-elle ignorée du conjoint ; d'ailleurs en ce cas, l'enfant aurait un droit acquis que le mariage ne pourrait lui enlever. L'art. 337 est également étranger à la reconnaissance faite après la dissolution du mariage, car ici le motif de la loi manque puisqu'il n'y a plus violation de la foi promise. L'historique de notre article lève toute espèce de doute ; le projet ne donnait à la reconnaissance plein effet lorsqu'elle avait été faite après la dissolution du mariage, que s'il n'y avait pas d'enfants légitimes ; or l'art. 337 ne parle pas de cette conditions ; c'est donc qu'elle n'existe plus.

Il faut, pour l'application du même texte, que l'enfant reconnu par un conjoint soit né « d'un autre que de son époux » ; si donc l'enfant naturel reconnu au cours du mariage par un des conjoints, est légalement l'enfant de l'autre, par exemple en vertu d'une reconnaissance volontaire ou judiciaire survenue avant, pendant ou après le mariage, l'art. 337 ne dispose plus. Mais lorsque l'on est

bien dans l'hypothèse prévue par ce texte, à la mort de l'auteur de la reconnaissance, les enfants légitimes et l'époux survivant pourront, au point de vue successoral, ne tenir aucun compte de l'enfant naturel qui ne pourra réclamer aucune parcelle de l'hérédité si cette réclamation leur nuit ; et cela nonobstant la partie finale de l'art. 337. (C. cass., 28 mai 1878. S. 79, 1, 337).

Une dernière question doit être résolue. Une reconnaissance forcée survenant au cours du mariage tombe-t-elle sous le coup de l'art. 337 comme la reconnaissance volontaire ? En faveur de l'affirmative on invoque le principe de la parité des effets des deux modes de constatation de la filiation illégitime. Tout en reconnaissant la justesse de l'argument, nous inclinons vers la négative.

Tout d'abord il ne résulterait pas nécessairement de cette assimilation entre les deux reconnaissances que l'art. 337 s'applique à la reconnaissance judiciaire, car ce texte formule une exception aux effets ordinaires de la reconnaissance, et il s'agit de savoir si elle est spéciale à la reconnaissance volontaire ou commune. Ceci posé, les termes de la loi nous paraissent venir confirmer notre opinion, car l'art. 337 parle de la reconnaissance « faite » pendant le mariage, expression qui ne semble guère convenir à la reconnaissance forcée ; en outre ce texte contient une exception, or les exceptions sont d'interprétation étroite.

SECTION III. — DE LA CONDITION DE L'ENFANT NATUREL AU
POINT DE VUE DES DONATIONS ET DES TESTAMENTS.

Les père et mère d'un enfant ont pour lui les mêmes sentiments, qu'ils soient ou non mariés.

Aussi les voit-on souvent protester contre la différence que la loi établit au point de vue héréditaire entre l'enfant naturel et l'enfant légitime et chercher à l'effacer par tous les moyens possibles. Le législateur, sous peine de compromettre le succès de son œuvre, devait prendre des mesures pour déjouer les manœuvres qui auraient pour but d'éluder ses dispositions. Mais, d'autre part, on voit aussi, quoique plus rarement, les parents naturels essayer de retirer à leur enfant la maigre part que la loi lui alloue.

Nous sommes donc conduits à étudier deux ordres d'idées différents ; nous les traiterons chacun dans un paragraphe distinct : dans le premier nous nous occuperons des moyens à l'aide desquels on peut vouloir augmenter la part que la loi attribue à l'enfant naturel ; dans le second, des moyens qui tendent à la réduire encore.

§ 1^{er}. — Les père et mère naturels peuvent-ils augmenter la part de biens que la loi alloue à l'enfant naturel ? Aux termes de l'article 760 : « L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère

dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport d'après les règles établies à la section II du chapitre VI du présent titre », et l'article 908 ajoute : « Les enfants naturels ne pourront par donations entre-vifs, ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions ».

Ces deux textes combinés nous apprennent que les donations faites par l'un des auteurs de l'enfant naturel à ce dernier ne sont valables que dans la limite du droit héréditaire tel qu'il est fixé par l'art. 757. Il nous faut maintenant commenter séparément d'abord l'article 760, ensuite l'article 908.

A. L'art. 760, en décidant que « l'enfant naturel ou ses descendants sont tenus *d'imputer...* », s'est servi d'une expression qui a soulevé des difficultés sérieuses tenant au sens même qu'il faut attribuer au mot « imputer ». L'imputation est-elle, sous un autre nom, l'obligation du rapport ? ou bien a-t-elle des règles propres qui en font une institution *sui generis* ?

Pour résoudre la question, il importe, avant tout, de rappeler brièvement les traits caractéristiques du rapport : 1° le rapport n'est dû que des libéralités véritables, c'est-à-dire de celles qui ont augmenté le patrimoine du donataire et diminué celui du donateur (art. 852, 853, 854 et 856) ; 2° l'héritier donataire ou légataire par préciput ou renonçant, n'en est pas tenu (art. 843, 844 et 845) ; 3° Le rapport s'opère en moins prenant pour les meubles, généralement en nature pour les immeubles, et ce dernier

mode de procéder produit l'effet d'une condition résolutoire, c'est-à-dire qu'il remet les choses dans le même état que si le bien donné était toujours demeuré dans le patrimoine du *de cujus* (art. 858, 859 et suivants).

Ces trois règles du rapport lui sont-elles communes avec l'imputation ?

Aucun doute en ce qui concerne la première et la troisième. Tout d'abord, en effet, les mêmes libéralités qui sont ou ne sont pas rapportables, sont ou ne sont pas imputables ; l'art. 760 le dit formellement en n'obligeant l'enfant naturel à imputer que « ce qui serait sujet à rapport d'après les règles établies à la section II du chapitre VI du présent titre. »

Et cette décision est très-logique, car l'art. 843, en dispensant l'héritier du rapport de certaines libéralités, les juge négligeables par cela même, et l'on ne verrait pas pourquoi elles prendraient de l'importance uniquement parce qu'elles ont été acquises par un enfant naturel. Il faut donc étendre à l'imputation les art. 843, 852, 853, 854 et 856, et décider en conséquence que toutes les libéralités directes ou indirectes, les sommes déboursées pour établissement ou paiement de dettes doivent être imputées, mais non les frais de nourriture, d'entretien d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, de noce, les présents d'usage, les bénéfices provenant de conventions passées avec le *de cujus* si elles ne constituaient aucun avantage indirect, les bénéfices résultant d'associations avec le défunt conclues dans les termes de

l'art. 854, enfin les fruits et intérêts perçus entre la donation et l'ouverture de la succession.

D'autre part, il est également certain que l'imputation diffère du rapport en ce sens que l'auteur de l'enfant naturel ne peut le dispenser de l'imputation et que l'enfant naturel ne peut s'y soustraire en renonçant (art. 908). Bien mieux, comme l'imputation ne dérive pas seulement, à la différence du rapport, de l'intention présumée du *de cujus*, mais aussi de la volonté de la loi, il en résulte qu'elle doit avoir lieu de tout ce que l'enfant naturel a reçu à titre gratuit, quels que soient le mode d'acquisition ou les détours imaginés pour cacher le bénéficiaire de la libéralité, et qu'en outre les dispenses de rapport consacrées par les art. 847 et 849 en ce qui concerne les avantages faits à l'enfant ou à l'époux d'un successible ne s'appliquent pas à l'imputation, attendu que les descendants et l'époux de l'enfant naturel sont ici de plein droit réputés personnes interposées (compar. 908 et 911). Nous concluons que lorsque l'enfant naturel lui-même vient à la succession de ses père et mère, il doit imputer la libéralité à lui faite personnellement, et celles qui ont été reçues tant par ses enfants et descendants que par son conjoint.

Reste la deuxième règle du rapport ; l'imputation de l'art. 760 constitue-t-elle un rapport véritable au point de vue du procédé à l'aide duquel on la réalise et du résultat auquel on aboutit ?

Ce point est le seul qui soit controversé dans cette matière.

Un premier système voit dans l'imputation de l'art. 760 une opération différente du rapport : l'art 760, en effet, se sert, dit-on, du mot « imputer » qui est significatif ; l'imputation, à la différence du rapport, ne résout pas la donation, quelle que soit la nature de l'objet donné, meuble ou immeuble ; cet objet ne rentre ni réellement ni fictivement dans l'hérédité ; il continue à être la propriété de l'enfant donataire.

Ce principe est adopté par tous les adversaires de la deuxième opinion ; seulement les partisans de cette doctrine ne déduisent pas de la première qu'ils ont adoptée, les mêmes conséquences. En effet, les uns décident que les choses données à l'enfant naturel restent absolument en dehors de la succession, qu'on ne doit pas les réunir à la masse de biens restants pour le calcul de la part héréditaire de cet enfant naturel ; par exemple il y a en présence deux enfants du *de cujus* ; l'un, naturel qui a reçu 1.200 francs, l'autre, légitime qui n'a rien reçu ; l'actif héréditaire est de 12000 francs ; les auteurs dont nous parlons, calculent, sur ces 12000 francs la part successorale de l'enfant naturel et lui donnent par conséquent 2000 francs mais, comme il a déjà reçu 1200 francs et qu'il est tenu d'imputer cette somme il ne pourra réclamer que la différence soit 800 francs (Chabot sur l'art. 760 N° 2. Ponpöl sur l'art. 760 N° 1). Tout ceci est inadmissible, car 1° l'art. 757 considère l'enfant naturel comme une fraction d'enfant légitime ; or un enfant légitime doit prendre sa part sur la masse augmentée de toutes les libéralités faites par le

de cujus ; donc l'enfant naturel doit prendre le tiers de cette part sur la masse ainsi composée (voy. aussi l'art. 922). 2° la libéralité faite à l'enfant naturel le constitue débiteur de la succession ; dès lors cette dette doit accroître l'actif dans l'intérêt de tous les co-partageants ; 3° l'enfant naturel serait d'autant plus maltraité que son père ou sa mère a voulu lui témoigner plus d'affection ; car, dans l'exemple précité, si son auteur ne lui avait rien donné, la masse aurait été de 13.200 francs et le sixième qui constitue sa part, se serait élevé à 2.200 francs ; tandis que l'opinion que nous combattons ne lui en alloue qu'une de 2000 francs.

Aussi ce système n'est-il plus soutenu même par les auteurs qui veulent distinguer entre le rapport et l'imputation (comp. Marcadé sur l'art. 760, n° 2. Aubry et Rau, IV, p. 518). Seulement ces auteurs n'en continuent pas moins à soutenir que l'imputation est autre chose que le rapport soit en nature soit en moins prenant ; et ils déduisent les conséquences suivantes du principe déjà énoncé plus haut à savoir que l'enfant naturel reste toujours propriétaire des choses qui lui ont été données : 1° l'article 856 ne serait pas applicable à l'enfant naturel ; ce dernier ne devrait donc pas les fruits et intérêts des biens donnés même à compter de l'ouverture de la succession (11 janvier 1831. D. P., 1831, 1, 60) ; 2° il faut en dire autant des art. 855, 859 et 860 concernant le rapport des immeubles. Il en résulte que l'imputation devrait se faire toujours d'après la valeur des biens au moment de la donation.

En effet, les enfants naturels doivent *imputer tout ce qu'ils ont reçu* ; or, ce qu'ils ont reçu, c'est la valeur de l'objet, meuble ou immeuble, lors de la donation. D'où cette conséquence que l'enfant naturel profite seul des plus-values de l'immeuble, donné comme il souffre seul des dépréciations ou même de la perte totale par cas fortuit survenues entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession (Chabot sur l'art. 760 n° 2. Marcadé sur l'article 760 n° 1).

D'autres encore affirment que l'imputation est bien un rapport, mais un rapport qui s'effectue toujours en moins prenant, jamais en nature, et ils en concluent que l'art. 856 lui est applicable, ainsi que les art. 855, 860, 861, 862, 863 et 864, qui visent le rapport en moins prenant des immeubles (Massé et Vergé, II, p. 438). M. Demante adopte cette opinion ; pour lui aussi l'enfant doit les fruits et intérêts du jour de l'ouverture de la succession, et il doit rapporter la valeur des immeubles à lui donnés d'après l'estimation faite au jour de cette même ouverture ; mais il s'appuie sur les art. 923 et 922, et non sur les art. 856 et 859, pour ce motif que l'art. 760 s'occupe plutôt d'une question de disponibilité que d'une question de rapport.

Examinons maintenant les arguments de la seconde doctrine qui assimile l'institution du rapport à celle de l'imputation, même au point de vue des opérations au moyen desquelles l'imputation s'opère.

1° L'enfant naturel, d'après l'art. 757, doit avoir une

fraction de la part qu'il aurait eue s'il était légitime; or pour connaître cette part, il faut que la masse soit formée comme elle le serait pour un enfant légitime : comme, s'il eût été légitime, il aurait pu demander le rapport aux héritiers légitimes, bien qu'il ne soit qu'un enfant naturel il peut le leur demander. Ceci posé, les héritiers légitimes qui lui doivent le rapport peuvent le lui demander aussi, car, s'il était né du mariage, ils auraient ce droit. Il en résulte donc que les mots « héritiers, cohéritiers » des art. 843 et 857 sont synonymes de successibles.

2° L'art. 760 établit l'assimilation entre le rapport et l'imputation en renvoyant à la section qui traite du rapport. Il est vrai que cet article ne renvoie aux règles établies dans la section II du chap. VI qu'en ce qui concerne les choses qui doivent être ou non rapportées, et non pas à la manière dont l'opération doit se faire ; mais il n'en prouve pas moins que le Code a voulu assimiler les deux institutions. La formule restrictive de l'art. 760 n'a en effet pour but que d'empêcher l'augmentation de la part de l'enfant naturel à l'aide d'une clause de préciput ; le législateur a voulu que cet enfant ne puisse cumuler la libéralité reçue et sa part héréditaire, pas autre chose, car l'on chercherait en vain le motif d'une différence entre l'imputation et le rapport.

En effet, quel serait ce motif ? M. Dalloz donne le suivant : parce que, dit-il, « en lui conservant (à l'enfant naturel) les biens qu'il a reçus, on a eu égard, sans doute, à la position toute spéciale d'un enfant, qui, sans famille,

est le plus souvent réduit pour toute ressource, au don qui lui a été fait. » (Rec. Alph., v^e succession, n^o 339).

L'imputation serait donc soumise à des règles spéciales dans l'intérêt de l'enfant naturel ? Mais on n'arrive pas ainsi à lui faire une position plus avantageuse : loin de là ; car il aura tantôt plus, tantôt moins qu'il ne devrait avoir ; cela dépendra de ce fait que l'immeuble à lui donné aura augmenté ou diminué de valeur entre le jour de la donation et celui de l'ouverture de la succession ; il en résultera donc les disproportions les plus choquantes entre sa situation et celle des héritiers légitimes.

Nous croyons avec cette deuxième opinion que le Code n'établit aucune différence entre l'imputation et le rapport et nous en concluons :

1^o Que l'art. 856 est applicable à l'imputation ; l'art. 760 le dit d'ailleurs formellement, puisque les fruits et intérêts des choses données sont sujets à rapport. Peu importe que l'enfant naturel soit devenu propriétaire incommutable, car l'héritier est dans la même situation lorsqu'il est donataire du mobilier puisqu'il ne rapporte qu'en moins prenant ; et pourtant il n'en doit pas moins les intérêts du mobilier du jour de l'ouverture de la succession.

2^o Les art. 855, 859 et suivants sont communs à l'imputation et au rapport.

3^o Il en est de même pour l'art. 857 ; l'enfant naturel ne doit pas l'imputation aux créanciers et aux légataires.

4^o Il pourrait, en renonçant à la succession, conserver la libéralité qui lui a été faite soit par donation entre-vifs,

soit par testament, pourvu que le don ou le legs n'excède pas la part héréditaire qui lui revient d'après l'art. 757 (En ce sens Demolombe, XIV, n^{os} 97 à 100).

Nous avons eu l'occasion de dire tout à l'heure que les héritiers légitimes devaient le rapport à l'enfant naturel. Cette doctrine est pourtant contestée. C'est ainsi que l'on a prétendu, contrairement à l'art. 757, que le rapport n'était pas dû à l'enfant naturel (Toullier, II, n^o 258; Loiseau, p. 695), que l'enfant naturel ne pouvait demander que le rapport des legs seulement, non celui des dons, à tel point que les libéralités qui sont faites par donation entre-vifs ne doivent pas être comptées même fictivement dans la masse pour le calcul de sa part héréditaire (Delvincourt, II, p. 22, note 5), qu'enfin les héritiers légitimes ne lui devaient le rapport que des donations postérieures à la reconnaissance dont il a été l'objet (Loiseau, p. 698) ; le tout parce que l'art. 756 n'accorde de droits à l'enfant naturel que *sur les biens de ses père et mère décédés*, sans s'apercevoir que toutes ces solutions, trop différentes d'ailleurs entre elles, pour être la conséquence d'un principe certain, sont contraires à l'art. 757.

D'autres auteurs décident bien que les héritiers doivent le rapport à l'enfant naturel, mais ils ajoutent qu'il devra toujours avoir lieu en moins prenant, même s'il s'agit d'immeubles, parce que l'enfant naturel n'étant tenu qu'à l'imputation, les héritiers ne peuvent être tenus, sans injustice, envers lui, d'une obligation plus rigoureuse ; mais ce motif ne nous touche pas, puisque nous

pensons que l'enfant naturel doit le rapport en nature ; d'ailleurs l'imputation, en admettant pour exacte l'argumentation adverse, constitue une exception, et, à ce titre, on ne peut l'étendre aux héritiers légitimes.

Il faut donc admettre que le rapport est dû par tous les héritiers légitimes à l'enfant naturel, exactement comme s'il était né du mariage.

Faut-il appliquer l'art. 760 lorsque le *de cujus* laisse plusieurs enfants naturels et pas un seul parent légitime au degré successible. Nous ne le croyons pas ; à notre avis, c'est au droit commun qu'il faut revenir, et par conséquent il convient ici d'appliquer toutes les règles du rapport sans distinction ; en un mot, le mot lui-même d'imputation disparaît ; à tel point que le successible pourrait être dispensé de l'obligation qui nous occupe, et qu'il pourrait s'y soustraire en renonçant, pourvu toutefois que la libéralité par lui reçue n'excède pas le disponible.

En effet : 1° l'art. 760 est intimement lié à l'art. 908, comme nous allons le démontrer bientôt, et ces deux textes ont pour but de garantir les droits de la famille légitime ; or, dans l'espèce, ils n'ont plus aucune raison d'être, puisque, par hypothèse, il n'y a pas de parents légitimes : ces articles ne pourraient sanctionner que l'art. 758 ; or ce texte n'édicte aucune déchéance. 2° L'opinion contraire aboutirait à ce résultat fâcheux d'empêcher les auteurs de l'enfant naturel de l'avantager alors qu'il n'y a aucun motif pour édicter une pareille prohibition (Demolombe, XIV, n° 102).

B. Après l'art. 760, nous devons, pour en terminer avec le sujet qui forme la matière de ce paragraphe, nous occuper de la disposition de l'art. 908.

Quoique la loi n'accorde de droits à l'enfant naturel que sur les biens de ses père et mère *décédés* (art. 756), elle ne défend nullement à ceux-ci de lui faire de leur vivant des libéralités; seulement elle ne veut pas que ces libéralités servent à éluder les dispositions qu'elle avait prises à propos des successions; or, si elle s'en était tenue au seul art. 760, le but qu'elle poursuit ne serait pas atteint; car, de ce que les enfants naturels sont tenus d'imputer sur leur part héréditaire ce qu'ils ont reçu par donation ou testament, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils ne peuvent conserver la libéralité entière, par exemple en renonçant à la succession du donateur, lors même que cette libéralité dépasse la quotité allouée par les art. 757 et suivants. Si l'art. 908, en un mot, n'existait pas, on pourrait soutenir que l'enfant naturel, tout comme un héritier donataire ou légataire, peut conserver le montant du don et du legs, pourvu qu'il n'entame aucune réserve. L'art. 908 était donc nécessaire pour la sanction complète des dispositions prises par le législateur contre l'illégitimité.

Dans l'ancien droit, quelques coutumes seulement s'occupaient des libéralités faites aux bâtards; citons-en quelques-unes parmi les plus importantes.

L'article 47 de la Coutume d'Auvergne (Titre XIV, des Donations) permettait aux parents naturels de faire toute donation et disposition par convenance de succéder ou

autrement au profit de leur enfant à l'occasion de son mariage, *dempta legitima liberis*. D'autres étaient moins libérales. La Coutume de Tours, dans son art. 242, décidait que l'on pouvait donner à son enfant bâtard, tant par donation entre-vifs que par testament, la quatrième partie de ses acquêts, à vie seulement, et tous ses meubles à perpétuité. Celle de Sedan (art. 116) ne permettait pas de dépasser la sixième partie des meubles et conquêts immeubles ; encore exigeait-elle que la libéralité ne fût faite qu'à charge de retour au profit des héritiers du donateur, au cas où le bâtard décéderait sans enfant. L'art. 298 de la Coutume de Melun déclarait les bâtards capables de recevoir entre-vifs ; mais n'autorisait les dispositions testamentaires que dans le cas où elles n'étaient « ni excessives ni immenses ». Enfin, les coutumes de Bretagne (art. 476) et du Poitou, (art. 277) ne permettaient que des dispositions d'usufruit pour aliments, nourriture et « entretienement ».

Avant d'examiner l'art. 908 en lui-même, demandons-nous quel est le motif qui a conduit le législateur à voter ce texte ; Jaubert va nous le faire connaître dans son rapport au Tribunat : « C'est pour honorer, pour encourager le mariage que les enfants naturels ne peuvent pas avoir les mêmes droits que les enfants légitimes ». (Loché XI p. 142 N° 15), Le but est louable : M. Laurent (XI n° 360) estime que le moyen employé est trop sévère ; le savant professeur, tout en reconnaissant que les rédacteurs du Code pouvaient établir une différence entre les enfants nés du mariage et ceux qui ne peuvent réclamer cette

qualité en ce qui concerne les successions ab intestat, attendu que la loi les organise elle-même, les critique lorsqu'ils continuent à l'appliquer au point de vue des donations entre-vifs et des testaments. pour ce motif qu'on ne conçoit pas que les parents naturels ne puissent donner aussi librement à leur enfant qu'à un étranger, surtout quand ils ne laissent que des collatéraux ; pourquoi, dit M. Laurent, mettre des bornes à l'affection d'un père pour ses enfants qu'il aime, non parce qu'ils sont naturels, mais parce qu'ils sont ses enfants ? On a répondu à cette objection en disant que l'art. 908 avait été fait pour punir les père et mère illégitimes ; que d'ailleurs l'enfant naturel ne saurait être traité comme un étranger, attendu que le code pouvait ne pas redouter des libéralités exagérées dont un étranger serait bénéficiaire, tandis que l'on pouvait tout craindre pour la famille légitime de l'affection exagérée d'un père pour son enfant naturel (Toullier V. N° 71).

En ce qui nous concerne, nous n'adhérons ni aux raisons proposées par M. Laurent, ni au premier des motifs qui sont mis en avant pour justifier la loi. Le législateur est trop sévère peut-être, mais du moment qu'il édictait une incapacité, il fallait qu'il prit les mesures nécessaires pour qu'elle ne devînt pas illusoire ; et cette considération explique l'art. 908. Mais, d'un autre côté, nous ne comprenons pas que l'on puisse soutenir que le motif qui l'a guidé dans les dispositions qui nous occupent est le désir de punir les parents naturels dans la personne de leurs enfants. La capacité de l'enfant illégitime simple varie en

effet, nous l'avons vu, avec la qualité des parents légitimes qui concourent avec lui lors du décès de son auteur ; or, lorsque l'on veut punir un coupable, ce n'est pas la qualité des héritiers qu'il laisse qui influe sur la rigueur du châ-timent. D'autre part, cette idée est absolument inconci-liable, nous dirons plus, incompréhensible, en présence de l'art 761, car on ne peut se figurer un condamné aggra-vant sa peine. Enfin ce serait une pensée bien cruelle que celle que l'on prête au législateur, tout-à-fait en dehors des principes admis en matière pénale, et dès lors on ne peut admettre sans preuve qu'en édictant l'art. 908, c'était une faute qu'il punissait ; cette pensée, ce mauvais sys-tème de répression qui consiste à châtier un innocent aux lieu et place du coupable existent certainement en ce qui concerne les enfants adultérins ou incestueux, et l'on peut souhaiter sur ce point une réforme ; mais à notre avis on ne saurait lui adresser le reproche de barbarie en tant qu'il dispose pour les enfants naturels simples ; aussi, dirons-nous qu'en ce qui concerne ces derniers, l'art. 908 s'explique uniquement par le désir de protéger la famille légitime.

Quelles sont les personnes vis-à-vis desquelles l'art. 908 a été édicté ? Sur ce point, la réponse est facile, car le texte nous la fournit lui-même en décidant que les enfants naturels ne pourront recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions ; en effet, comme les art. 756 et suivants ne leur donnent des droits héréditaires que dans la succession de leurs père et mère, c'est à l'égard

seulement de leurs auteurs immédiats que l'incapacité existe ; lorsque la loi ne leur accorde aucun droit, la capacité des enfants naturels est pleine et entière, car le texte de l'art. 908, qui seul la restreint, ne s'applique plus.

Du texte de cet article nous tirerons encore ces deux conséquences, plus évidentes encore que la première si c'est possible ; à savoir : tout d'abord, que l'incapacité de l'enfant illégitime n'est nullement absolue, les bâtards ne sont incapables de recevoir que si la quotité que l'art. 757 leur alloue est dépassée (Nîmes, 28 déc. 1881, gaz. Pal. 82. 1. 245; Caen, 11 déc. 1876. S. 77. 2. 8) ; ensuite, que pour connaître la somme de biens qu'ils peuvent recevoir et conserver, il faut attendre le décès du donateur, attendu qu'à ce moment seulement on connaîtra leur part dans l'hérédité ab intestat, mesure, d'après l'art. 908, de leur capacité.

Mais ici une question très-importante s'élève, celle de savoir quelle est la nature de la disposition de l'art. 908 ; ce texte frappe-t-il d'indisponibilité réelle la portion de biens que l'enfant illégitime ne peut recevoir ; ou bien se contente-t-il de créer à son préjudice une simple incapacité personnelle ? Il importe grandement d'être fixé sur ce point ; car, suivant le parti que l'on prendra, on aboutira à des résultats différents ; ainsi, s'il s'agit d'une véritable indisponibilité, l'art. 908 appartiendra au *statut réel* (art. 3) ; si au contraire on n'y voit qu'une incapacité, il ressortira du *statut personnel* et par conséquent ne s'appliquera pas nécessairement aux étrangers.

Les partisans du système de l'indisponibilité soutiennent que l'art. 908, en empêchant de tourner la loi de succession, ou, ce qui revient au même, en donnant au système des art. 757 et suivants un caractère obligatoire qui les empêche ainsi d'être mis de côté par la volonté de l'homme établit une véritable réserve au profit de la famille légitime. D'ailleurs, on ne saurait le nier, dit-on, l'art. 908 présente tous les caractères de la réserve, car : 1° le but définitif et dernier qu'il se propose est de protéger la famille légitime, et ce qui le prouve péremptoirement, c'est qu'il ne formule plus aucune prohibition lorsqu'il n'y a plus d'héritiers légitimes ; 2° la prohibition qu'il édicte est plus ou moins étendue suivant la qualité, le nombre des héritiers et les forces de la succession ; 3° si les libéralités faites à l'enfant naturel dépassent la quotité permise, elles sont réductibles conformément aux art. 920 et 922, et non pas nulles ; 4° la portion de biens dont le père naturel peut disposer en faveur de l'enfant conçu en dehors du mariage se détermine à l'époque de l'ouverture de sa succession ; 5° enfin le disposant lui-même ne peut invoquer l'art. 908, qui, d'après l'opinion générale, n'est pas fait dans son intérêt. L'art. 908 présente donc tous les caractères d'une réserve, et certaines des conséquences que nous venons d'énumérer sont même incompatibles avec l'idée d'une incapacité personnelle (Marcadé I sur l'art. 3 n° 4 ; Demolombe, Successions II n° 83, et Donations n° 555).

Sans méconnaître la valeur sérieuse de cette argumentation, nous nous rallions à l'opinion contraire qui

ne voit dans l'art. 908 qu'une règle d'incapacité. Tout d'abord, sa place dans le Code le démontre ; il est inséré entre les art. 907 et 909 qui, sans conteste, établissent des incapacités ; il serait dès lors bien étrange que l'art. 908 établisse une indisponibilité ; d'ailleurs, cette manière de voir est confirmée par la rubrique du chapitre dans lequel ce texte figure : « De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament. » Examinons maintenant en elle-même l'affirmation de nos adversaires ; l'article 908 établirait une réserve ? Mais une réserve est une portion du patrimoine que l'on ne peut enlever en aucun cas aux héritiers légitimes, qui doit leur être laissée, qui leur est garantie à l'égard de toute personne ; or l'article 908 présente-t-il ce caractère essentiel de la réserve ? En aucune façon, puisque la part que l'enfant naturel ne peut recueillir, peut être l'objet d'une libéralité au profit d'un étranger.

Dans ces conditions, l'art. 908 ne peut créer une réserve en faveur des héritiers légitimes, lorsqu'ils n'y ont pas déjà droit en vertu des art. 913 et suivants ; il ne la leur garantit nullement, pas plus qu'il ne l'augmente. Et ceci nous autorise à affirmer que ce texte n'établit ni réserve ni indisponibilité. Aussi M. Demolombe, qui pourtant soutient la doctrine contraire, est-il obligé de reconnaître, lorsqu'il vient à en déduire les conséquences, « qu'il ne s'agit point ici d'une réserve véritable..... La réserve proprement dite est établie dans l'intérêt direct des réservataires eux-mêmes ; or ce n'est pas ici l'intérêt direct des

élevé qu'elle occupe, un *stuprum* impossible à commettre par toute autre femme ?

Ou bien faut-il dire avec l'opinion contraire, que les enfants issus du concubinat étaient traités à l'égard de la femme *illustris* comme les *liberi naturales* de toute autre mère naturelle, et qu'elle ne se rendait coupable en raison de sa dignité du crime de *stuprum*, que lorsque ceux-ci auraient au moins mérité d'après le droit commun, le nom de *vulgo concepti*, ce qui revient à dire que, pour elle comme pour tout le monde, le concubinat aurait été toléré, et qu'elle ne commettait un *stuprum*, que si elle descendait encore un échelon sur lequel pourtant les gens de basse extraction étaient encore à l'abri des sévérités de la loi ?

Les deux opinions peuvent se soutenir, car le texte n'est pas clair ; il commence par décider que le *spurius*, en présence d'un enfant légitime, ne peut prétendre à aucun droit dans l'hérédité de sa mère, quand elle est illustre ; puis il ajoute que les enfants d'une concubine peuvent concourir dans l'hérédité maternelle avec leurs frères légitimes. Si cette règle, comme on peut le soutenir, a encore trait à l'espèce qui nous occupe, si la concubine dont il y est question, est toujours la *mater illustris*, la première opinion ne doit pas l'emporter, car le texte excepte des dispositions rigoureuses qu'il édicte, les *liberi naturales*. On aboutira donc au résultat suivant : quand une femme illustre laisse en même temps des *liberi justi* et des *liberi naturales*, tous ses enfants ont la même capacité

pour accepter telle libéralité qu'il lui plaît de leur faire, et même vocation héréditaire dans sa succession *ab intestat*. Les *spurii*, au contraire, parmi lesquels on fait figurer ici par exception les enfants *vulgo quæsit*i, c'est-à-dire dont le père est incertain même en fait, sont frappés d'une incapacité générale, aux deux points de vue que nous venons de rappeler, en raison du seul rang de leur mère, car si elle n'était pas illustre, leur capacité serait égale à celle des enfants issus *ex concubinato*.

Tout se ramène, on le voit, à une question de mesure, certains interprètes voulant donner une signification extrêmement compréhensive à la qualification de *spurius*, les autres, au contraire, ne se refusant pas à une extension que le texte autorise, mais ne voulant pas l'exagérer. C'est à l'opinion de ces derniers que nous croyons devoir nous ranger, pour ce motif qu'elle s'écarte le moins possible du droit commun, et qu'elle nous paraît plus conforme aux principes de l'interprétation.





